



Hermenegildo Ferreira Borges

VIDA E RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA NA MOTIVAÇÃO JUDICIÁRIA

DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO
EM CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO

Orientador de investigação:
Professor Tito Cardoso e Cunha



LISBOA - 2000

53169

3/10.12

AGRADECIMENTOS

Para a realização deste trabalho pude contar com o apoio de pessoas e instituições às quais devo e desejo expressar pública e sincera gratidão.

Refiro, em primeiro lugar, o senhor Professor Tito Cardoso e Cunha, orientador desta investigação que, com saber e experiência, me proporcionou em diálogo aberto e fraterno, uma apreciação sempre crítica e precisa e, sobrepassando tudo isso, uma compreensão profunda da natureza e valor daquilo que, no curso normal do aprofundamento deste trabalho, haveríamos de eleger como o seu objecto central: a dignidade e valor da pessoa humana.

Em segundo lugar endereço o meu reconhecimento ao Senhor Professor António Castanheira Neves, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a quem agradeço profundamente a disponibilidade que teve em me receber, o diálogo inesquecível que me proporcionou, onde o ganho do seu testemunho vivo e presencial não foi menor do que a riqueza do diálogo que pude depois manter com a sua vasta obra.

Agradeço também ao meu amigo Paulo Albuquerque, Juiz de Direito e Mestre em Ciências Jurídicas, o contributo de muitos momentos fecundos de debate, onde pude colher indicações e testemunhos precisos de quem exerce e sente a problemática realização do direito e, nesse contexto, é chamado a decidir. Em particular lhe agradeço o ter-se dignado rever o capítulo sobre a Epistemologia da Decisão.

A todos os colegas, e foram muitos, que no Departamento de Ciências da Comunicação, me deram um incentivo caloroso e fraterno e indicações que foram preciosas, deixo, na impraticabilidade de a todos nomear, o meu profundo reconhecimento por me terem prodigalizado a semente da amizade. Oxalá eu possa constituir para ela a boa terra.

Agradeço também ao Sr. Procurador Geral Adjunto, junto do Supremo Tribunal da Justiça, Dr. Laborinho Lúcio que, no tempo em que “estava ministro” da Justiça, reconheceu a pertinência de uma proposta de doutoramento embrionária e, sem reserva, me concedeu a “equiparação a bolseiro”. Recobrando esta apenas os primeiros anos deste trabalho, foi-me

absolutamente essencial numa fase em que estava em questão o desbravamento do objecto empírico deste trabalho - os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça relacionados com a vida ou com a incolumidade física.

Ao senhor professor Leonel Ribeiro dos Santos, do Departamento de Filosofia da Faculdade de Letras de Lisboa, agradeço o ter-me convidado a colaborar, com um artigo, na edição especial sobre “Direitos Humanos” da revista *Philosophica* n.º 12, o que muito me estimulou, quando me preparava para escrever o *Capítulo IV* deste trabalho de investigação.

Dedico este trabalho à Rosa Maria, ao André e à Joana, pela partilha de toda uma vida e, em particular, pela dádiva incondicional do afecto sem o qual este trabalho não teria sobrevivido.

H. B.

Março de 2000

Vida e Racionalidade Argumentativa na Motivação Judiciária

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	4
<i>Capítulo I - NATUREZA E FUNÇÃO DA MOTIVAÇÃO JUDICIÁRIA</i>	14
1. 1. Génese da motivação.	
1. 2. Motivação e ontologia dos motivos.	
1. 3. Motivação e argumentação.	
<i>Capítulo II - DISCURSIVIDADE TÉCNICA E MOTIVAÇÃO</i>	55
2.1. Da natureza técnica da motivação judiciária.	
2.2. Illocutório jurídico e motivação.	
2.3. Interpretação, argumentação numa estrutura de debate.	
2.4. Racionalidade argumentativa na motivação judiciária.	
2.4.1. O <i>dactum</i> como premissa	
2.4.2. Do teor lógico da motivação.	
2.4.3. Estilo e modelo da motivação.	

Capítulo III - A QUESTÃO ÉTICA NA MOTIVAÇÃO

104

3.1. A vida como valor, no quadro das grandes concepções do Direito.

3.2. O Direito como ordem ético-normativa.

3.3. A vida valor ético-jurídico regulador da conduta humana.

Capítulo IV - VIDA COMO PLENO VALOR DE PERSONALIDADE

E DIREITOS DO HOMEM

164

4. 1. Pré-história dos direitos humanos.

4. 2. Direitos humanos e Modernidade.

4. 3. Reconstrução dos direitos do homem segundo Hannah Arendt.

4. 4. Como pensar a universalidade dos direitos do homem.

4. 5. A pessoa como categoria filosófica central dos direitos humanos.

4. 5. 1. A pessoa e as novas descobertas da ciência.

4. 5. 2. A pessoa humana e o “dever de respeito”.

4. 5. 3. A pessoa como fundamento da responsabilidade e dos direitos humanos.

4. 5. 4. Vida, direitos humanos e ontologia dos motivos.

Capítulo V - EPISTEMOLOGIA DA DECISÃO

221

5. 1. Fundamentos para uma epistemologia da decisão: critérios de uma decisão racional em direito.

- 5. 1. 1. Lugar e função da decisão no processo de conhecimento.
- 5. 1. 2. Critérios de credibilização e de justificação da decisão.
- 5. 1. 3. “Desacordo” e racionalidade de uma decisão colectiva.
- 5. 2. A responsabilidade política do juiz na motivação (o lugar do “justo juiz”).
- 5. 3. Da tensão entre a teoria e a experiência à função social da decisão.

Capítulo VI - PARA UMA POÏÉSIS DA JUSTIÇA E DA VIDA,

PROLEGÓMENOS A UMA ESTÉTICA DO DIREITO

281

- 6. 1. O “ser da poesia” e a “habitação do homem”.
- 6. 2. Fundamentos ontológicos do justo e do útil e da sua condição de atributo unitário do real.
- 6. 2. 1. Sentido grego de *poïésis* a suas articulações com o “justo e o útil”.
- 6. 2. 2. *Poïésis* e Modernidade - o “justo”, entre o “utilitarismo” e a “mitologia romântica”.
- 6. 3. Direito e fundamento de uma nova ordem arquitectónica de regulação.

Conclusão - O PORQUÊ DE UMA POÏÉSIS DA JUSTIÇA E DA VIDA

365

Bibliografia

371

Introdução

“Cumplida su tarea de justiciero, ahora era nadie. Mejor dicho era el outro: no tenía destino sobre la tierra y había matado a um hombre.” (1)

O sentido primordial do judicativo decidir, como momento crucial da realização do Direito, no duplo desígnio de dar um fim a um conflito social concreto e no de promover, muito para além dele, a realização de uma comunidade humana pacífica, onde a vida humana possa emergir como valor ético-jurídico relevante, encontram-se já presentes na luminosidade exemplar do decidir prudencial que se nos oferece na narrativa bíblica do julgamento que ilustra a “sabedoria de Salomão” (2): Duas prostitutas que viviam na mesma casa, mães de dois recém-nascidos, vão à presença do rei pedir justiça, reivindicando-se, cada qual, da condição de mãe da única criança sobrevivida do insólito acidente que vitimou uma delas. Após ter ouvido atentamente os depoimentos contraditórios das partes, Salomão manda que lhe tragam uma espada e, num retórico e procedimental simulacro, ordena que, com ela, cortem ao meio a criança viva para dar dela metade a cada uma.

A narrativa chega a seu termo, dando-nos conta de como, em presença da iminente execução da ordem do rei, nesse momento extremo, se manifestam, inequívocos, os índices que haveriam de designar a verdadeira mãe. O narrador conta que uma das mulheres, “comovida nas suas entranhas”, disse de pronto ao rei: “rogo-te, meu senhor, que lhe dês a ela o menino vivo; não o mateis”. Terá sido então, na imediação mesma desse acto espontâneo e de abdicação extrema, que a autora daquelas palavras realizara, sem ter disso consciência, a prova decisiva da sua verdadeira condição de mãe.

O quadro em presença configura, paradigmaticamente, o momento instituinte de uma qualquer decisão judicativa, procedendo a partir da enunciação de uma *voluntas* que tem no fio da espada o seu exercitativo complemento - “tragam-me uma espada”; a mesma espada que, porém, “dá a

morte” à incerteza, no sentido do radical latino “*caedo*” (=matar), presente no sentido etimológico do “*decidere*”, onde o prefixo “*de*” significa separação.

A espada surge então como signo da realização da Justiça e a vida como objecto incindível, no quadro de uma realização da justiça que, assim, se oferece como alternativa à violência e, em particular, àquela sua forma paroxística a que chamamos “vingança”, na medida em que, como no-lo ensina Ricoeur, esta se afirma como pretensão de realizar a justiça em caso próprio. Por esta razão, a espada que evoca a justiça na narrativa bíblica, no seu simbólico *decidere*, não pode encontrar nos duelos cavalheirescos, de suposta reposição da honra ultrajada, o seu correlato historico-cultural, uma vez que neles o sentido de justiça tem ínsita a marca ancestral da vingança, isto é, o desejo de realizar a justiça pelas próprias mãos, que a bela citação de Borges em epígrafe tão sabiamente condensa: aquele que vinga uma morte matando o homicida, torna-se “nada”, isto é, o outro.

Por opção metodológica não elegemos as condutas dos agentes dos crimes de homicídio, a inserir no campo problemático da psicossociologia e da criminologia, como objecto da nossa reflexão. Elegemos, sim, como questão prioritária a suportar a nossa inquirição, o sentido que a vida humana obtém no quadro da realização do direito e o modo como aí se articula com toda uma síntese axiológico-jurídica que funda a validade do direito.

Na economia deste nosso estudo, a metáfora da espada tem no capítulo V o seu correlativo desenvolvimento, sob o fio da epistemologia da decisão, referida já a um quadro de legalidade positiva, onde se convocam critérios de uma decisão racional, mas onde também se não deseja uma justiça moldada por uma racionalidade de estrita apodicticidade. Ali se dará a ver o modo como, por uma estratégia implicada num particular “estilo” de motivação pretensamente “técnico, neutral e necessitante”, se fará seccionar o vínculo de pessoal compromisso entre quem julga e quem é julgado e o não menos necessário vínculo entre o juiz e a comunidade jurídica, erodindo a possibilidade de um efectivo controlo democrático, mesmo que fora “difuso”, da realização do direito.

Tudo se passa como se, no prolongamento do braço que eticamente executa a decisão, a Justiça tivesse de ser dada por um dispositivo maquínico, automático, neutral e eticamente descomprometido. Esforçar-nos-emos, então,

por justificar a nossa tese que vai no sentido de valorizar menos as capitulações explícitas dos juizes, se bem que reais, em matéria de omissão das escolhas de política de direito, do que as capitulações implícitas, a ocorrerem de modo inconsciente e sem dolo mas a cumprirem, por isso mesmo, de modo mais eficaz, uma intencionalidade sistémica que os transcende e que parece relevar de uma retórica inconsciente que vemos presente na foucaultia *ordem dada ao discurso* e que, ao cumprir-se “par un certain nombre de procédures qui ont pour rôle d'en conjurer les pouvoirs et les dangers, d'en maîtriser l'événement aléatoire, d'en esquiver la lourde, la redoutable matérialité” (3), está decidida a atravessar o discurso da motivação judiciária e a nele perpetuar uma ideia de justiça pretensamente neutral, objectiva e necessitante.

Daí formularmos a nossa suspeita de que a invocação do inconsciente como perigoso fundo insondável, capaz de conspurcar a racionalidade clara e iluminada do sujeito transcendental, poder bem representar um eficaz “artifício retórico” (a relevar do mau uso da retórica) que visa esconjurar a perigosa subjectividade e o dado aleatório do discurso da motivação judiciária.

O discurso que na narrativa bíblica enquadra a sábia decisão, outra coisa não faz do que fazer falar os factos por si mesmos, como se, na sua manifestação mesma, a justiça não tivesse a necessidade de ser justificada. De facto, de nenhum modo se insinua ou se pressente ali a necessidade de justificar as razões que fundam a decisão tomada. À contraluz desta precedente eloquência dos factos devem procurar compreender-se as profundas razões que subjazem às razões técnicas, invocadas pelo Supremo Tribunal de Justiça (S.T.J.), para interpretar restritivamente os normativos que regulam a sua competência de conhecer em matéria de facto, como a seu tempo se verá.

A preclara narrativa coloca-nos ainda longe das condições histórico-culturais que fizeram consagrar a obrigação que impende sobre os juizes relativamente à motivação das suas decisões; mais longe ainda nos situa, possivelmente, quanto à intencionalidade pela qual hoje tanto se enjeita a voz incómoda e silenciosa dos factos.

Mas o que então se afirma já, inexorável, é o prestígio das sábias decisões de Salomão, a encontrar séculos mais tarde, no prestígio das

almotaçarias da Alemanha medieval, o correlativo elemento que fará surgir uma forma de motivação implícita das decisões de justiça como se mostrará no cap. I deste nosso trabalho. No primeiro como no segundo dos casos, o prestígio da justiça realizada toma-se modelo disponível para uma *mimesis* de uma justiça realizanda. A Modernidade ao consagrar na Lei a impositiva obrigação de motivar as decisões de justiça, fá-lo a coberto de uma intencionalidade e uma utilidade bem diversas daquelas. Disso procuraremos dar conta no cap. I em que abraçaremos o tema da “natureza e função da motivação judiciária”.

Como seu prolongamento natural teremos, no capítulo II, uma complexa discursividade técnica, de algum modo resultante do facto de que nem sempre o direito e os factos “falam” com a eloquência de uma cartesiana evidência empírica ou racional, o que não é ajudado pela complexidade entretecida por uma legislação porventura redundante e conflitante, a convocar também uma condicente tramitação processual, complexa e burocrática, para realização do direito no tempo presente.

Importa dizer que o próprio conteúdo da motivação do S. T. J., não obstante se reportar à prática de crimes contra a vida ou a factos que atentam contra a incolumidade física de pessoas, é por vezes estritamente técnico-jurídico, muito por “culpa” das suas estritas competências, ocupando-se as mais das vezes, com a definição de institutos jurídicos adjacentes ao caso e que são objecto da motivação do recurso interposto junto daquele Alto Tribunal.

Dessa discursividade técnica pretendemos dar conta, através de um recorte, tão exaustivo quanto nos for possível, das especificidades do discurso judiciário que tomámos como objecto empírico da nossa reflexão. Constituído por sessenta acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, o seu conteúdo reporta-se, directa ou indirectamente, à prática de ilícitos que atentam contra a vida ou contra a incolumidade física de pessoas humanas. No termo do capítulo II pensamos poder assumir o conjunto dos acórdãos como um todo significativo, capaz de identificar um “estilo” particular de motivação judiciária a veicular uma intencionalidade própria que se denuncia. Importa não esquecer que as decisões jurídicas convocadas nestes acórdãos são, naturalmente, o produto do labor da Ciência Jurídica, no quadro do Direito entre nós vigente, e

comportam um judicativo decidir que é ele próprio constituinte em relação ao sistema, mesmo quando nelas se atenta às particularidades do caso em litígio.

Bem longe estamos, neste sentido, daquele ancestral, empírico e intuitivo decidir em equidade que acima nos foi oferecido, tão caro que foi, também, ao clássico modo pretoriano de completar o direito, a revelar-se então numa dimensão de extra-sistematicidade efectiva e a preocupar-se, “com uma convencibilidade conseguida ao nível mais baixo da oportunidade pontual momentânea” (4).

Apesar de todos os persistentes tropismos face a um positivismo sistémico-legalista, é ainda de extra-sistematicidade que no tempo presente se fala, em particular em Direito Civil, onde “a equidade implica, em última análise, um prescindir formal da Ciência do Direito, a qual só actua ao nível de pré-entendimento, e pela sua capacidade insubstituível de preparar um caso para a decisão”. Assim entendida, a extra-sistematicidade presente no direito actual, não obstante se manifestar num decidir que “prescinde da autoridade particular das proposições juspositivas”, não deixa contudo de respeitar “o sentido material do jurídico [que, todavia, surge] despido de tecnicismo e formalismos espúrios”, na fundamentada opinião de Menezes Cordeiro (5).

A vida humana que, no feliz acaso da narrativa evocada, se manifesta como não cindida pela espada, não deixa ainda de ser também ali enunciada como potencialmente cindível. E sê-lo-à por todo o tempo, da nossa história comum, em que se há-de subverter a ordem dos factores ou dos fins que legitimam a realização do direito, seja pela postulação de um Estado absoluto, seja pela absolutização de uma praxis comunitária em que a pessoa-humana seja despojada da sua lídima condição de destinatária última do direito. O estudo iniciado no capítulo III e que no capítulo IV se completa, pretende dar conta da transformação progressiva das condições histórico-culturais que haveriam de permitir a consagração da vida humana como pleno direito de personalidade na Modernidade.

Em particular se mostrará, na reflexão sobre a génese e consagração dos direitos humanos, que o direito à vida se afirmará mais tarde como valor ético-jurídico limiar do recíproco e constitutivo reconhecimento do outro como pessoa. Só a partir da denegação de todas as adjudicações histórico-culturais que deram corpo ao *jus vitae et necis* e com o assumir pelo homem-sujeito da

titularidade efectiva do direito à sua vida biológica, é possível aceder, a um outro nível, à sua condição mesma de pessoa-humana, titular de direitos humanos positivos e correlativas responsabilidades.

Tomando a vida humana como um *bios* primordial, condição do existir de cada *novo* homem-sujeito, vemo-la assumir-se como limiar hermenêutico mínimo da compreensão de toda a realização do direito - enquanto "irreduzível em que todos os homens se equivalem" (6) e pressuposto "*dogma pratico* radicado na própria dignidade da pessoa" (7) - onde se revela já, pela mediação do reconhecimento intersubjectivo do outro como pessoa, um acrescentado e comunitário valor ético-jurídico primordial, também condição de possibilidade de todos os demais direitos congregados pelo dever de respeito para com a pessoa-humana.

Sob uma matriz de responsabilidade e de reconhecimento, a pessoa humana surge, por um investimento comunitário de sentido, como destinatária última de toda a realização do direito. Aliás, será mesmo por se referir à pessoa constitutivamente responsável, que a legalidade positiva adquire também o fundamento primeiro da sua validade como direito. Firmar a pessoa-humana como destinatária de toda a realização do direito, comporta necessariamente a denegação absoluta da intencionalidade pressuposta pelo utilitarismo hedonista, marcado pela desafeição pelos outros, numa palavra, a denegação radical de uma intencionalidade narcísica voltada para a mera fruição de direitos subjectivos. Mas comporta também o desfazer de uma miragem de refacção narcísica protagonizada pelo utilitarismo funcionalista estratégico que, na sua pretensa *completudo* (de princípios sistematizados e hierarquizados a fazerem privilegiar a ideia de uma totalidade harmoniosa), se revê na *Eisthesis* da sua auto-contemplanção estética, a revelar-se embrionária já no Direito romano mas a consumir-se, de facto, no utilitarismo estatal-funcionalista de matiz positivista e no utilitarismo subjectivizante, aparentemente antinómico daquele, de mera fruição de direitos sem responsabilidades.

Diremos que a sustentabilidade de uma sociedade de mera fruição de direitos subjectivos, sem as correlativas responsabilidades, é um absurdo facilmente comprovado pelo argumento apagógico de que sempre aí se haveria de pressupor que a uns fosse devida, por nascimento, a titularidade de

todos os direitos e a outros coubesse apenas viver para *respondere*, no sentido etimológico deste termo (8), pelo compromisso de realizar as necessidades alheias, uma vez que só há direitos materiais quando o seu cumprimento puder ser exigido a alguém com capacidade para os realizar.

Apagógico equívoco que, no essencial, caracteriza bem o auto-engano do Senhor da mítica narrativa da *Fenomenologia do Espírito* de Hegel, com os resultados que se conhecem. Absurdo filiado também no mesmo pecado narcísico protagonizado por um Direito sem pessoas, compenetrado na auto-produção estética de si mesmo como um todo harmonioso e coerente.

Só a consideração da pessoa-humana, como a manifestação mesma de um interpessoal, recíproco e comunitário reconhecimento, que a constitui no mesmo acto que funda a própria comunidade, numa rede de relações jurídicas entretecida de direitos e de deveres, nos permite esperar fundar uma nova ordem arquitectónica de regulação em vista de um horizonte de realização de uma *poiésis* da justiça e da vida. Só ultrapassando o *homo juridicus* moderniluminista na sua abstracção genericista, pelo reconhecimento intersubjectivo do outro como pessoa-humana, nos parece possível fundar uma comunidade jurídica que tenha na responsabilidade própria o princípio que garante aos outros a titularidade de direitos humanos fundamentais e, na responsabilidade dos outros, a garantia da fruição dos seus próprios direitos.

No sexto e último capítulo deste trabalho procuramos denegar a perspectiva holista de um sistema harmonioso e coerente que vive para si próprio, inquirindo para além e através dos constrangimentos impostos pela “actual situação problemática da realização do direito”, de que fala Castanheira Neves (9), as condições de possibilidade de um habitar humano sobre a terra que se exprima por uma justiça mais profunda e solidária. Tanto passará, necessariamente pela superação dos utilitarismos, de âmbito mais ou menos regional, e pela consecução de uma utilidade que seja expressão da realização plena da pessoa-humana.

Se tem razão Machado, no seu verso “*Caminante no hay camino, se hace camino al andar*” (10), então teremos descoberto, “*al andar*”, que todo o labor de reconstrução critico-reflexiva do direito, em ordem à realização de uma *poiésis* da justiça e da vida e de uma nova e legítima estética do direito, nos terá de encaminhar até ao decisivo momento do problemático decidir

judicativo, a manjedoura da universal manifestação da nossa humanidade, onde o direito tem o seu privilegiado momento de realização, mas onde pode também ser efectivamente exercida, consciente e reflexivamente, uma nova intencionalidade que assuma a realização do direito como função da superior realização da pessoa humana.

A este limiar de compreensão nos há-de levar, particularmente, a luz das reflexões de Perelman, Hannah Arendt, Ricoeur, Castanheira Neves e Fernando Bronze. Com eles se desvanece o “empertigo” do homem plenamente racional e autónomo da ideologia liberal, na sua auto-suficiência enganadora de quem pensa dispensável a eticidade como pré-condição de ser um “bom cidadão” e o dialógico e recíproco reconhecimento, nos direitos e na responsabilidade. Talvez que no horizonte da “medida diametral” de que fala Hölderlin, a que haveremos de recorrer para realizar o pleno habitar do homem sobre a terra, não esteja já o *homo juridicus* moderno-iluminista, nem mesmo o *homo oeconomicus* convocado pelo Rawls da *Theory of Justice*, ou pelo Marx do *Das kapital*, mas talvez sim o “homem rico” de que falava o jovem Marx, o homem na posse de todos os seus sentidos e não apenas obcecado pelo sentido do ter. Tanto comporta uma profunda revolução já ao nível dos factores exógenos ao direito, isto é, da alteração do próprio quadro da racionalidade em que nos movemos, e no plano interno ao próprio direito, a alteração dos factores endógenos da sua actual crise.

Teremos de acreditar que a alteração dos factores exógenos, relativos à racionalidade dominante, poderá ser induzida a breve trecho por uma tomada de consciência que compromete cada um de nós com as profundas injustiças e degradantes condições que tornam hoje descartáveis sectores cada vez mais amplos da população mundial, acentuando numa espessura de sentido uma “fome e sede de justiça” sem precedentes. Num espaço público cada vez mais dependente do papel mediador da comunicação social de massas, do ponto de vista funcional e normativo, a transformação dos sobreditos factores exógenos convoca necessária e urgentemente os profissionais da comunicação e do público em geral para uma relação de compromisso com os princípios contidos na *Declaração da UNESCO sobre os Media*, de 1993.

Ao direito caberá, pelo seu lado, constituir-se como alternativa credível à violência na sociedade, assumindo como tarefa prioritária a ultrapassagem dos

endógenos motivos da sua crise interna. Em particular se perfila como imediatamente possível o exercício crítico reflexivo do judicativo decidir, para através dele exercer a pedagogia do reconhecimento que se espera de uma “finalidade longa da decisão”.

Por se tratar de um trabalho elaborado no âmbito das Ciências da Comunicação, preocupamo-nos aqui, sobretudo, com o fazer a ponte entre as razões enunciadas nos textos dos acórdãos e a praxis real da nossa partilha comunitária de discurso, tentando, por esta via, prestar o nosso melhor contributo para a alteração do quadro de racionalidade utilitarista, legitimada pelos progressos técnico científicos em proveito de um concentracionismo de riqueza sem precedentes que é factor de marginalização e de empobrecimento inversos de grupos humanos situados na periferia.

Antes que nos tornemos de todo insensíveis ao muito que “vemos, ouvimos e lemos”, importa agir pelo melhor meio. E este não nos parece dever ser outro que o da alteração dos quadros formais em que tomou assento o actual estado de coisas.

Notas biográficas

- (1) - J. L. Borges, *Artíficios*, “El fin”, cit., p. 72.
- (2) - *Livro dos Reis*, 1.º RS 3 - § 16.
- (3) - Michel Foucault, *L'ordre du discours*, cit., pp.10-11.
- (4) - Menezes Cordeiro, A. Manuel da Rocha, *Da boa fé em Direito Civil*, cit., p. 1207.
- (5) - Menezes Cordeiro, op. cit., p. 1205.
- (6) - Art. Kaufmann, *Gerechtigkeit - der vergessene Weg zum Frieden*, p. 25, citado por Fernando Bronze, *Metodonomologia da Semelhança e da Diferença*, p. 288.
- (7) - M. Criele, *Recht und praktische Vernunft*, p. 65, citado por Fernando Bronze, *Ibidem*.

(8) - cf. A. Castanheira Neves, "Pessoa, Direito e Responsabilidade", cit., p. 10.

(9) - A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., p.15.

(10) - citado por A. Castanheira Neves in *Metodologia Jurídica*, p.11.

I - Natureza e função da motivação judiciária

1. 1. - Gênese da motivação

Falar de “gênese” da motivação judiciária significa, antes de mais, pensar nas condições histórico-sociais que consequenciaram o surgimento na lei deste instituto auto e hetero-regulador da aplicação do direito. Um breve excurso diacrónico, que nos fará aportar à baixa Idade Média (1), melhor nos fará compreender e ilustrar o *modus* constitutivo da experiência jurídica da motivação que apenas será vigente, séculos mais tarde, no solo de uma requerida coexistência da positivação do direito com a reorganização política do território, em Estados com um poder central forte e com direito codificado.

Situamo-nos na baixa Idade Média, finais do ano 800, num tempo em que, como diz Menezes Cordeiro na sua obra *Da Boa Fé no Direito Civil*, no fio de pensamento de Koschaker que o autor invoca, nascia incipiente uma ideia de Europa sob a influência conjunta da Igreja e do Império Romano-Germânico. Ter-se-ão dado, então, alterações profundas “que prenunciaram a evolução concretizada nos séculos subsequentes” dessa mesma ideia de Europa (2). Estamos em presença de uma sociedade organizada, nas suas estruturas político-sociais, em função do modo de produção feudal e a revelar, em termos axiológicos, uma forte influência dos valores do cristianismo que, segundo os citados autores, tanto tinham de revolucionário, na sua abertura à universalidade (como adiante se verá, no que concerne ao fundamento do valor universal da pessoa humana), como tinham de conservador, no contributo que davam à manutenção da ordem existente.

A experiência jurídica desse tempo, em particular na Alemanha, investia o suserano da condição de aplicador do direito, leia-se o costume. O conde, ou o seu substituto, presidia ao conselho dos almotacéis e aplicava o direito (entenda-se, o costume) rodeado pelo colégio dos homens bons. Pressente-se aí uma relação não mediada, por autoridades e instituições jurídico-judiciárias, entre o direito e a vida da comunidade. De sorte que, sendo o costume e a vontade do suserano as “fontes imediatas” do direito, no sentido que a esta desinência confere o professor Castro Mendes (3), de um direito *aplicando* incerto e oral, não havia lugar a recurso das decisões tomadas pelo *tribunal do*

senhor feudal (*Hofgericht*, na língua alemã) entre nós designado pelo nome de “Almotaçaria”.

Nestas circunstâncias, não encontramos na baixa Idade Média, em particular antes do século XII, uma ideia unitária de direito e, menos ainda, a de um princípio embrionário de motivação judiciária.

Fora daquele universo condal de aplicação da lei, basicamente constituído pelo costume e pela vontade do suserano, surgem na Alemanha os primeiros traços de uniformização do direito: primeiro, na legislação relativa ao direito provincial e municipal, onde se fez sentir a fonte inspiradora do Direito lombardo; depois, já pelo ano de 1235, secundando os esforços de compilação iniciados pela ciência jurídica italiana já no século precedente, com o aparecimento do primeiro grande tratado de Direito feudal em língua alemã (4).

Entretanto, nos domínios onde imperava esta espécie de justiça rural, paradigma primeiro deste modelo de organização judiciária, as transformações sócio-económicas operadas farão surgir uma buliçosa classe sócio-económica (a burguesia) a requerer o rápido surgimento de almotaçarias urbanas, aptas a dirimir conflitos de novo tipo.

Algumas almotaçarias, na Alemanha designadas pelo termo “*oberhof*”, começam a gozar de grande prestígio, pelo que a elas começam a recorrer as almotaçarias vizinhas, solicitando jurisprudência para resolução dos seus casos mais complexos. Tanto levou a que se fosse instituindo o uso e, depois, o costume de a elas recorrer como tribunal de recurso, com a consequente necessidade de se dar alguma sistematicidade e assento escrito ao que antes era pura imediação e oralidade, fazendo constar no processo a indicação dos factos e dos motivos invocados pelo juiz, bem como das razões que integram a pretensão das partes e a solução produzida na almotaçaria “recorrida”.

Deste modo, com a progressiva hierarquização das almotaçarias surge, pela primeira vez, o procedimento do recurso judicial e, com ele, uma forma de motivação comumente referida como uma forma de motivação implícita.

Na sua intrínseca natureza, esta modalidade incipiente de motivação, surge como um pré-moderno “efeito dispositivo” de controlo dos actos judicativos. Um tal cuidado, que se assume face a uma eventualidade de recurso para almotaçaria de maior prestígio, não pode deixar de ter efectivos contornos de um “efeito dispositivo”, enquanto efeito de auto-regulação sobre

as almotaçarias de menor dimensão. Implícita, esta motivação das sentenças, oferece-se-nos como um singular caso de instituto jurídico cuja vigência antecipa a sua positivação legal, que enquanto *usus* inicia, neste tempo da baixa medievallidade, a gesta que o há-de fazer aportar, na forma de lei positiva, ao direito moderno-iluminista.

A par deste modelo, dominante na Alemanha, surge progressivamente em outro pontos do continente europeu, um outro modelo de organização judiciária sob a influência das chamadas “formas de direito culto”. Ao prestígio das “*oberhof*”, virá corresponder, neste modelo, o prestígio das sistematizações de máximas jurisprudenciais de índole racionalista, precursoras da concepção de um “direito natural” universal, herdadas do direito romano. De entre as sistematizações aparecidas neste tempo de pré-recepção do direito romano, é justo destacar o *Corpus iuris civilis* de Justiniano e as diversas *Ordines iudicarii*, tornadas ius de referência obrigatória. Sob a designação de “direito culto”, ou apenas de “direito romano”, elas vão alargando, pela aprendizagem, a sua influência a todo o continente europeu. Esta influência do direito romano no continente europeu completar-se-à, decisivamente e com toda a energia, no movimento de profunda transformação cultural induzida pelo renascimento humanista o século XIV.

Ao impulso humanista do renascimento, respondeu o direito com a sua cientifização e humanização a exprimir-se já na pretensão de substituir à irracionalidade, ao misticismo, empirismo e à pura intuição dos procedimentos associados à produção da prova a pesquisa e o estudo racionais, já no realçar “do jurídico, os aspectos ligados à pessoa e as relações por ela ocasionadas”. Neste sentido a “recepção” do direito romano, e a positivação do direito que convoca, teve o mérito de fazer introduzir a ruptura com a irracionalidade de processos que a alta Idade Média levava ao seu paroxismo, indo além das Ordálias, já proibidas pelo Concílio de Latrão em 1215, do juízo de Deus, das justas, da justiça privada, do costume e do arbítrio (5).

Percorrendo caminhos desconstruídos, em particular no pressuposto fundamento axiológico que os motiva como , o impulso humanista do direito do século XIV retoma de facto o fio de uma intencionalidade humanista e universalista já expressa na “Carta de S. Paulo aos Gálatas”. De facto, o humanismo universalista paradigmaticamente expresso naquela Carta fora

acolhido *intra academicos* da escolástica e, sob o magistério preclaro e vigoroso de S. Tomás de Aquino, ganhara corpo na doutrina de um “direito natural” qualitativamente mais elevada no seu fundamento axiológico e no seu pressuposto humanismo, já que revolucionariamente percursor de uma arquitectónica de direito que elege o “dever de respeito para com a pessoa humana” como sua pedra angular.

À dilucidação daquela ideia daremos mais fundamentado alcance na temática dos direitos humanos a que nos reportaremos no cap. IV. Importa entretanto postular que muito diferente desta, esboçada intencionalidade jusnaturalista de inspiração cristã, foi aquela outra que presidiu à codificação e promulgação do *direito canónico*, formalmente inspirado no direito romano, por ser já de índole mais conservadora que transformadora, mais temporal que divina e mais institucional que universalista.

A integração do direito romano, como forma prestigiada de direito culto, é coetânea do fenómeno histórico de reunificação política território em reinos estáveis e, logo aí, o direito canónico fará a sua aparição, como sobrecódigo uniformizador e legitimador do direito dos reinos do continente europeu, quer insinuando-se pelo ensino, quer impondo-se como regulativo de sobreposta e efectiva vigência. Os julgamentos de Deus e as Ordálias, interditos em 1215 por decisão do Concílio de Latrão, são apenas a ilustração mais remota de uma intrusão que, aliás, se reforça com a consolidação do poder central da Igreja, por volta do século XIV, e com o crescendo de influência dos tribunais eclesiásticos. Já em estudo anterior fizemos alusão a estes tribunais, dizendo deles que “antes mesmo dos tribunais laicos, adoptaram a forma escrita do processo, característica do procedimento *extra ordinem* em uso no Baixo-Império, de quem, afinal, colheram o modelo em que se inscreve o procedimento romano-canónico. Tal como então, os juizes tomam-se funcionários cujo poder lhes vem do imperador” (6). Esta influência estende-se por toda a Europa e afirma-se, sem grandes intermitências, até finais do século XVIII e entre nós, pelas razões históricas que se conhecem, até à revolução liberal de 1820.

A restauração de um poder central forte, nos últimos séculos da Idade média, trouxe consigo nova força à organização judiciária, em particular em Inglaterra e França, onde o rei, enquanto guardião do direito e do costume,

toma a personificação mesma da justiça. Como no-lo ensina Habermas em *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (7), a esfera pública torna-se então um cenário “espaço de representação” - do poder. Não é ainda o tempo de “dar razões”, de que nos falará Bentham, e também já não é o do “livre e público exercício da razão” das repúblicas clássicas. É a esta data que Philippe Godding, no seu excelente estudo “Juisprudence et motivation des sentences, du Moyen Age à la fin du 18^e siècle” (8), reporta o surgimento do “precedente judiciário” enquanto resultado da criação de cúrias especializadas em questões judicativas com autonomia de jurisdição nas principais cortes.

De alguma forma a reunificação dos reinos, a criação de um forte poder central, de par com a adopção das formas do direito escrito, tendem progressivamente para a uniformização do direito, para a formalização progressiva dos seus actos e, portanto, para a constituição progressiva de uma arquitectura judiciária hierarquizada, abrindo caminho para a motivação dos actos dos juizes num princípio de utilidade intocável e de auto-regulação do sistema judiciário e do seu controlo pelo poder político.

No quadro político-administrativo monárquico, surge então um segundo esboço de uma motivação: a que se prescreve mas não se exerce com a requerida regularidade e que por isso não adquire a condição de direito vigente. Supomos que a experiência jurídica portuguesa se ajusta de algum modo a esta segunda modalidade de motivação judiciária. Entre nós, a impositiva obrigação de motivar as decisões surge, expressamente, já nas “*Ordenações manuelinas*”, como se vê no seu Livro III, título 50, pg. 60 e é preceitualmente expressa de novo nas “*Ordenações filipinas*”.

Mas não será despiciendo considerar que, não obstante a precariedade do efectivo controlo desta obrigação, as condições que tornaram possível a sua ordenação preceptiva tiveram já o seu berço na unidade jurídico-administrativa levada a cabo, entre nós, por D. Afonso II, sob inspiração dos princípios do direito romano trazidos pela mão do canonista Vicente Hispano. É de presumir, do nosso ponto de vista na experiência jurídica portuguesa da motivação e em particular nas Ordenações Filipinas, uma intencionalidade associada a especiais razões de prudência política e de administração jurídico-política do território.

Da experiência jurídica francesa colhemos o testemunho da denegação, pela prática, da impositiva motivação das sentenças promulgada em dois actos legislativos, comumente considerados efémeros, em resultado de não terem conseguido efectiva vigência. Referimo-nos à recomendação expressa pelos Estados Gerais, na França do século XVI, no sentido de que todas as sentenças deveriam ser motivadas. Recomendação que não passou disso mesmo, quer em razão de uma absoluta indiferença do meio judiciário relativamente à sua aplicação, quer da incapacidade do poder jurídico-político para impor a sua aplicação.

Numa outra perspectiva, tais iniciativas terão de ser consideradas como indicadores de uma intencionalidade que brevemente haverá de obter consagração efectiva. Deparam-se-nos como uma espécie “*première*” de uma estratégia jurídico-política a levar a cena pelo positivismo jurídico nascente em 1791, mas a reflectir já a intencionalidade estratégica de controlo do que se considerava ser “a liberdade excessiva dos juizes”.

Michel Foucault ilustra bem as subtilidades deste percurso em *Surveiller et Punir*, fazendo-nos notar que até ao triunfo da revolução burguesa, que abre portas à Idade Moderna, não estavam criadas as condições para a aplicação co-extensiva e uniforme do direito ao todo nacional. A aplicação da Lei fazia-se através da ostensão esporádica e excessiva, processualmente servida por um formalismo extremo e redutor em matéria de produção da prova - o sistema das “provas legais” ou da aritmética das provas - que vemos adoptado pelos despotismos da Idade Clássica ou do “Antigo Regime”.

Esta sobredita “aritmética” terá funcionado como instrumento metodológico ao serviço dos “espectáculos da dor” num mesmo propósito de recodificação cosmética de uma imagem de direito personificado na imagem do soberano. Mas essa mesma aparição, por ser fantasmagórica e estar associada a uma desmedida chocante entre o acto “ilícito” e a medida da pena, denunciava por si a incapacidade do poder político exercer um controlo mais efectivo e alargado, mais subtil e eficaz, da aplicação do direito.

Esta dificuldade só pôde ser superada pela Modernidade que soube criar, a partir de fundamentos jus-filosóficos e juridico-doutrinários consistentes e sérios, as instituições e as estratégias jurídico-políticas (como a que se

exprime no exercício separado dos poderes) adequadas a uma aplicação uniforme do direito a todo o *corpus* social e territorial.

No terceiro e definitivo traço, a motivação judiciária surgirá então, já a coberto de uma intencionalidade e de uma validade solidamente alicerçadas, na forma de lei positiva e vigente. Importa, por isso, reconhecer que a efectiva vigência deste instituto, ("vigência" no sentido em que a define A. Castanheira Neves (9), isto é, enquanto modo-de-ser "normativo-histórico" que se assuma, não apenas intencionalmente, mas como "dimensão constitutiva da prática social"), é uma realidade serôdia na história do direito ocidental, se em conta tivermos que a sua consagração efectiva se dá apenas, com força executiva e com visibilidade bastante, em França no ano de 1791, no solo de uma ontologia jurídica positivista (10), estatisto-legalista do direito da modernidade.

De facto, foi mergulhando as suas raízes no solo constituído já pelo princípio liberal da separação dos poderes, enunciado por Locke e Montesquieu, já pelo princípio, enunciado por Rousseau e Kant, que proclama a lei como expressão da vontade geral, que a árvore da ontologia jurídica post-revolucionária, trouxe consigo os frutos da identificação do direito com a lei e da imperativa necessidade de uma modalidade de motivação judiciária que desse conta da estrita conformação das decisões de justiça com esse novo absoluto nascente - a lei, em vista da prioritária subsistência da sua coerência e segurança.

Em presença de um pensamento e de uma prática jurídicos em que a única fonte de direito é a lei, a ontologia dos motivos aí consentida é correlativa da nula liberdade do juiz de motivar as suas decisões fora da lei, onde a única ténue excentricidade, *praeter legem*, que veio a ser consentida já num segundo momento, seria apenas a da inquirição da vontade do legislador e apenas nos casos em que a interpretação da lei era consentida, já que fora dessa restrita circunstância, vigorava o princípio *interpretatio cessat in claris*.

Dir-se-á, por isso, que, a partir daquele seu momento ontogénico, a motivação judiciária recebe a marca profunda de uma intencionalidade fundamentante, gerada no quadro das preocupações formalistas e codificadoras do positivismo jurídico post-revolucionário, que a submete ao império da lei-valor-absoluto intocável, originariamente legitimado pela mítica

“vontade geral” e pelo não menos mítico “legislador”, cuja suposta vontade se invoca como único e último recurso para a interpretação da lei.

Percebe-se assim que a motivação judiciária, enquanto procedimento jurídico de fundamentação das sentenças, só tenha podido constituir-se como uma aspiração consistente a partir do momento em que o direito a aplicar encontrou uma matriz predominantemente escrita, a requerer uma organização processual também ela escrita. Neste quadro a motivação pôde encontrar a perenidade de uma forma e de um referente que a sua natureza e função requerem.

O pensamento jurídico estatuto-legalista, sob o impulso da “Escola da Exegese”, constitui-se como ideologia dominante até à última década do século XIX. E a ontologia dos motivos que lhe estará referida só poderá ser uma tautologia da ontologia jurídica que lhe está subjacente, ou a da lei como único fundamento de juridicidade.

Imerso nos constrangimentos de um positivismo puro e duro, o lugar e função do juiz limitava-se a ser o definido pela expressão: “la bouche que dit la loi”. A exigência da motivação tinha como único propósito controlar a acção do juiz e o exercício das suas competências, onde a interpretação e aplicação do direito, leia-se direito escrito, deveriam manter-se tão próximas quanto possível da letra da lei e do espírito do legislador. Por isso a interpretação possível era a que a exegese da lei consentia e, só após caberia invocar a presumida vontade.

Estamos aqui em presença, como no-lo ensina A. Castanheira Neves, de um direito de “imputação carismática”, isto é, de um direito proclamado por uma personalidade “extraordinária ou de legitimação extraordinária”, o “legislador” que, naquele contexto, não deixa de ser uma personalidade mítica. Trata-se por isso, segundo aquele autor, de uma imputação homónima da que acompanha o direito proclamado por uma personalidade real, mas em circunstâncias que dela façam ora mediadora da transcendência, como é o caso do sacerdote de um oráculo, de um profeta ou de um *pontifex*, ora uma personalidade revestida de particular autoridade política, de que Hamurabi, Licurgo ou Sólon são adequados modelos (11).

Na fundamentada opinião do professor conimbricense, a “imputação carismática” do direito só pode ser resultado de uma confusão cultural entre o

religioso e o social ou entre a transcendência e a história, em tudo análoga, no limite, à originária indissociação entre *mythos* e *logos*. Esta confusão de planos, adverte-nos ainda o autor, mal se compreenderá face aos ventos de secularização que marcam indefectivelmente a racionalidade moderna (de que daremos conta muito particularmente no cap. IV), ou em face mesmo da compreensão da autonomia do pensamento jurídico que desde o direito romano temos por adquirida e, em particular, face à natureza humano-histórica que o direito moderno assume e que o tempo presente consagra.

Em tudo diversa deste indistinção de planos é a compreensão que ainda hoje nos faz reconhecer a necessidade de pensar para o direito uma idealidade (a que dedicamos por inteiro o VI e último capítulo deste trabalho) que transcenda a normativa vinculação da positiva juridicidade. Mas, e nisso estamos em absoluto acordo com o professor Castanheira Neves, a idealidade ou elemento de transcendência que agora se convoca como axiologia jurídica, pode mesmo exprimir-se através de um entendimento que não recuse uma eventual inspiração jusnaturalista, desde que se não postule a identificação de fundamento do direito com o próprio direito, numa espécie de retorno ao “direito natural”. Sob esta precaução, a sua convocação será sustentável apenas enquanto “fundamento [jus-filosófico, entenda-se] de validade normativa do direito, [e] desde que esse fundamento se não tenha já em si como direito (*direito natural*)” (12).

De facto, no quadro evolutivo da própria compreensão positivista do direito, só muito progressiva e dolorosamente a sobredita “vontade geral” se tornou equivalente da efectiva vontade popular que haverá de exprimir-se através de órgãos políticos representativos para então assumir o seu lugar e função na constituição e funcionamento dos regimes de democracia política de modelo liberal. A marcha deste processo foi, como sabemos marcada pela cadência das lutas travadas nos dois últimos dois séculos contra todas as formas de segregação humanas, pelas liberdades “negativas” ou do cidadão face ao Estado, pela igualdade de direitos e oportunidades, pela consagração plena do sufrágio universal.

A identificação definitiva do direito moderno-iluminista com a Legislação (expressão positiva de uma mítica vontade geral), de par com o movimento de codificação generalizado e a adopção de uma metodologia de “exterioridade

constitutiva” de índole cartesiana (cf. *infra*), terão sedimentado uma concepção de direito como estrito regulativo formal. Exposto a essa luz, a de uma racionalidade modelada pela suposta apodicticidade do sistema jurídico, o instituto da motivação só encontrará efectiva *validade* quando lograr obter o comunitário fundamento axiológico-normativo, fora do espartilho daquela validade formal. Só a inversão de sentido da “validade”, a operar pela autonomização do direito face à legislação, tornará mais ética que instrumental a prática da motivação.

Já na primeira metade do século XIX se nos oferece, no pensamento de Jeremy Bentham, um contributo jus-filosófico que permite fundamentar eticamente a motivação judiciária num princípio de valorização do “outro” (valorização “caritativo-racional”, diríamos convocando o sentido do *princípio de caridade*, enunciado por Hume no *Tratado da natureza humana*, livro sobre *As paixões*, retomado por Herman Parret) (13), através da postulação de uma exigência moral de dar conta das razões que fundam o nosso juízo.

São de Bentham as já célebres palavras que se seguem: “In legislation, in judicature, in every line of human action in which the agent is or ought to be accountable to the public or any part of it, - *giving reasons is*, in relation to rectitude of conduct, a test, a standard, a security, a source of interpretation”. De forma eloquente, conclui o nosso autor: “Good laws are such laws for which good reasons can be given: good decisions are such decisions for which good reasons can be given” (14).

No centro de tudo o que o impulso revolucionário da modernidade construiu, estará por certo a figura do “sujeito de direito”, também ela produzida, a partir de um doloroso processo de sujeição e de domesticação disciplinar de que nos dá conta M. Foucault em *Surveiller et Punir*. E se é inquestionável o êxito desta figura, abstracção personificada de “cada um” na concepção arquitectónica do direito moderno, investido como titular de direitos e de obrigações, numa outorgante reciprocidade que está na base da constituição da sociedade civil, já a proclamação paroxística da lei-valor-absoluto terá os seus méritos esgotados, face a uma progressiva consciência de que a lei, enquanto modo de expressão de juridicidade, não é todo o direito. Aliás, esta tomada de consciência, como pequeno arroio que brota do questionamento doutrinário iniciado na última década do século XIX, vai

progressivamente engrossando as suas águas que decisivamente transbordam com o Julgamento de Nuremberga, enseada das atribuições da II Guerra Mundial.

Importa ter presente que a denúncia do paroxismo da ideia da lei-valor-absolute, que aqui convictamente se faz, não deve fazer-nos perder de vista a bondade dos atributos da juridicidade positivamente constituída, que tão decisiva e nuclear foi no momento da construção e consolidação da sociedade moderna como hoje o é ainda na regulação de um espaço público alargado e complexo, onde antinómica e tensionalmente coexistem (por mediação sua): direitos subjectivos com direitos apenas socialmente fruíveis; exigências de autonomia do sujeito com a sua indisfarçável dependência do social e das formas organizativas de massa, como bem se vê na saúde, na educação, na justiça; no consumo, *strito sensu*, mas também nas tarefas da solidariedade, da paz e da ecologia. A regulação de toda esta complexidade e a concretização das empresas humanas nela pressupostas, muito deve, de facto, à juridicidade positivamente constituída.

No entanto, as reflexões produzidas sobretudo a partir do Julgamento de Nuremberga levaram a Comunidade Internacional a tomar consciência de que chegara ao fim o modelo proposto pela escola da exegese e, com ele, a ideia de que a lei era uma realidade intocável e absoluta, a que se ligavam agora memórias de atrocidades sem nome.

Mais ainda do que nos anos cinquenta, hoje, a ideia de uma lei absoluta e intocável e, com ela conexa, a ideia de uma motivação judiciária cega, amarrada ao estrito uso do dispositivo logico-dedutivo na aplicação do direito e resignada a apenas mostrar que as decisões produzidas estão conformes com a lei escrita, já não se ajusta às legítimas expectativas do cidadão e da sociedade contemporâneos.

1. 2. - Motivação e ontologia dos motivos

Os motivos invocados pelo juiz na motivação de uma decisão de justiça, são parte constitutiva de uma específica experiência jurídica jurisprudencial

que por sua vez reverte para uma experiência jurídica globalizadora, “matriz constituinte da juridicidade”. Em consonância com o pensamento jurídico actual, dir-se-á que à motivação judiciária cumpre manifestar a fenomenológica concretização do direito, concretização que Castanheira Neves designa como “nomodinâmica constitutivo-integradora que não pode prescindir de elementos normativos translegais e transpositivos”.

É neste exacto sentido que se reconhece hoje que o lugar e função do juiz, como “terceiro imparcial” ou personificação da “justa distância”, não são de forma alguma os de um “operador técnico neutral”, como sempre veiculou o discurso de um legalismo axiomático-positivista mais extremado. Não obstante enjeitado nos fundamentos, a sua figura parece persistir inconscientemente como modelo que, de algum modo se reproduz na precariedade dos motivos extralegais que vemos no modelo de motivação que nos parece caracterizado no nosso cap. IV.

Em nota introdutória ao seu estudo “Fontes do Direito - contributo para a revisão do seu problema”, A. Castanheira Neves refere saborosamente que este é um tema velho, monótono e bocejantemente gasto “e, no entanto [reconhece o autor], repensá-lo hoje é necessário e renovador” (15). E, percebe-se desde logo, este desafio direcciona-nos tanto para o problema de saber de que modo o direito se objectiva *como direito* numa dada comunidade histórica, inquirição que releva da filosofia do direito, como para o “próprio problema do direito em si mesmo”, que a teoria do direito toma como o seu específico problema.

Em outros termos o autor dá-nos conta de que a expressão normativa de uma dada concepção de direito, está contida numa teoria das fontes que lhe é subjacente e desse facto resulta que todo o exercício reflexivo, que haja de fazer-se sobre as fontes dos direito, se vê inexoravelmente implicado numa “correlativa concepção do direito”, uma vez que “o direito terá também de compreender-se sempre em função do modo como se constitua e manifeste a sua normatividade”. No limite, diz Castanheira Neves, “a concepção do direito e a teoria das fontes remetem-se assim uma à outra e mutuamente se implicam” (16).

O direito enquanto “*válido dever-ser que é*” [diz A. Castanheira Neves] carece, para o ser, de uma vinculante dimensão normativa que só um

fundamento de validade pode justificar e tornar vinculante. Mas importa ter presente que a cooptação bipolar, quer da “normatividade” pressuposta no reconhecimento da natureza vinculativa da norma jurídica, quer da “validade” conferida por um fundamento axiológico, ainda não é direito em termos efectivos, enquanto se não tomar modo de existir específico que caracteriza o direito *vigente*, isto é, enquanto não tiver sido constituído em modo de ser “normativo-histórico”. Estamos assim uma estrutura triádica que tange os pólos da “normatividade”, da “validade” e da “vigência”. Neste sentido, à inquirição sobre as fontes do direito se pede que, no seu termo, nos dê resposta “ao modo, forma ou processo” como “o direito se constitui e manifesta como *vinculante normatividade vigente*” (17).

De toda a jurisprudência entre nós produzida, só os assentos do Supremo Tribunal de Justiça têm formalmente reconhecido o estatuto de “fonte de direito” no nosso ordenamento jurídico. Importa porém reconhecer que, a motivação judiciária, no seu todo, se nos oferece como fonte efectiva de direito, em particular pela via da sua integração numa síntese explicativa e coerente levada a cabo pela doutrina dando expressão a um conceito amplo de Jurisprudência.

No seu acontecer fenomenológico, a motivação depara-se-nos como se fora ela própria uma oficina de experimentação e de *autopoïésis* do próprio direito, lugar onde ele se revela, desdobra e se reconhece como totalidade em permanente devir: quer convocando para a “interpretação em função integradora” o *ius non scriptum*, para em íntima conexão com a *lex scripta*, constituir “a verdadeira norma positiva” (como sustenta Esser); quer tomando como motivos os elementos normativos translegais e transpositivos. Significa isto dizer, na consistente opinião do professor de Coimbra, que as normas legais são duplamente transcendidas na “concreta e material realização do direito” no que respeito diz “às possibilidades normativas que [por si mesmas] objectivam”: já pela referência “simultânea e constitutiva” aos princípios que fundamentam “o direito enquanto tal” e ao “*concretum* problemático dessa realização”; já também porque o direito que naquele acto se realiza é um “*continuum constituendo*”, expressão de um processo dialéctico que faz interagir “princípios normativo-jurídicos”, com o “mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais” (18).

Neste labor, ganha singular pertinência reflectir sobre a “ontologia dos motivos” e, em particular, a dos *motivos extralegais* ou que contenham elementos normativos *translegais* e *transpositivos*, uma vez que neles se manifestam, mais visivelmente, os sinais de um poder poético e criativo do juiz. Trata-se, em suma, de manifestar um poder criativo que alguns estigmatizam com a marca da perigosa subjectividade e discricionariedade do juiz, já presente no esforço prospectivo de encontrar soluções jurídicas ajustadas para novos casos, bem como na interpretação do direito e dos factos em função concretizadora, como ainda na convocação dos princípios gerais do direito, tudo quanto se traduz, por fim, no momento integrador de novos *topoi* da experiência judiciária que são os motivos invocados para justificar a decisão.

De alguma forma o questionamento a fazer sobre a “ontologia dos motivos” apresenta-se-nos como que postulando sincronicamente os mesmos problemas suscitados já na problemática das “fontes do direito” (19), se bem que, como se verá, a “ontologia dos motivos” deva considerar-se contida na problemática interna ao problema do próprio direito, enquanto experiência jurídica com autonomia e competência próprias, revelando até um modo específico de constituição da juridicidade que é a “jurisprudência”, mas subordinado ao problema global das fontes ou da constituição do próprio direito.

De algum modo, a génese da motivação judiciária, de que nos ocupámos no momento anterior deste capítulo, levou-nos à inquirição diacrónica da contextualização histórico-socio-cultural que terá determinado o surgimento do instituto da motivação das sentenças e, em particular, um determinado conteúdo material. Mas a inquirição ali levada a cabo não é distinta, na sua intencionalidade, da que é esboçada quando se fala das “fontes genéticas” do direito, via que o professor Castanheira Neves reporta à inquirição sobre os “elementos”, “factores” e “forças” que estarão na origem de um certo conteúdo material do direito.

Percorrido aquele caminho, que vai de par com o das “fontes genéticas” do direito, e que nos levou à compreensão da génese da motivação judiciária (isto é, à compreensão ao contexto que histórica, sociológica e culturalmente determinou o seu surgimento), cumpre-nos agora, sob o título de “ontologia do motivos”, e numa correlação agora com as *Fontes de Juridicidade*, aceder a

um outro nível de compreensão: o de saber de que forma e sob que condições algo pode ser invocado como motivo e obter validade.

A tradição jurídica romano-germânica em que estamos inseridos, consagrou, de algum modo redutoramente, a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina como sendo as fontes de juridicidade ou, simplesmente, como “fontes do direito”. Castro Mendes designa as duas primeiras, a lei e o costume, como “modos de formação (criação, constituição) das normas jurídicas”, que enquanto tais serão “fontes directas e imediatas”; as segundas, a jurisprudência e a doutrina, o autor designa-as como “modos de revelação”, ou ainda como “fontes indirectas e mediatas” (20). A esta postulada perspectiva, se confina o âmbito da questão sobre o ser do direito, enquanto válido dever-ser que é.

À primeira questão enunciada, a de saber *o que* e em que condições pode ser invocado como motivo, se responderá, como ponto de partida, que os “motivos” poderão ser considerados lugares da experiência e do saber jurisprudencial que nos parece conferir-se constantemente com o que Castanheira Neves designa como a *sintéresis axiológico-jurídica* de uma dada comunidade, isto é a “síntese todos os valores e princípios normativos que nessa comunidade dão sentido fundamental ao direito ou que verdadeiramente lhes conferem o *sentido de direito*” que numa palavra se diz - a consciência jurídica comunitária (21).

Perante a inevitável inquirição que aqui se consequencia, no sentido de saber por que meio acederemos à “consciência jurídica comunitária”, logo surge no nosso horizonte a kantiana faculdade do *sensus communis*, proposta por Kant no § 40 da *Crítica do Juízo*, que ele define como “a ideia de um sentido comunitário (*gemeinschaftlichen*), isto é uma faculdade de julgamento, que na sua reflexão considera em pensamento (*a priori*) o modo de representação de todo o outro” (22). Trata-se bem de uma faculdade que, na expressão breve de Hannah Arendt, “nos ajusta a uma comunidade” (23).

Mas, como nos adverte Kant, o *sensus communis* é apenas um “sentimento simplesmente *são* (ainda não cultivado), é considerado [apenas] o mínimo que sempre se pode esperar de alguém que pretende o nome de homem” (24). É, como bem se vê, uma faculdade mínima da nossa condição de *actores do mundo*, no sentido kantiano do termo. No entanto, no exercício

da sua função judicativa, o Juiz está investido da condição de “espectador”, a daquele que exerce desinteressada e desapaixonadamente a função de julgar as acções do homens. Por essa razão se lhe ajusta bem, naquele modo kantiano, a “venda” sobre os olhos e a “legenda” em sobrecódigo, pelos quais o positivismo representou simbolicamente a Justiça.

Em contraponto a esta inumana representação da Justiça, gera-se em nós a ilusão de que, tendencialmente, o âmbito presente da “ontologia dos motivos”, lugar de onde o juiz retira os motivos com que fundamenta a sua concreta decisão, parece exceder o âmbito da “ontologia do direito” que vemos estaticamente escorada na teoria tradicional das fontes. De facto, a teoria das fontes privilegia ainda, entre todas, a “fonte” da *Legislação*, como se devesse confinar-se apenas ao “ser do direito” (ontologia em sentido estrito) e deixasse à “ontologia dos motivos” o elemento da validade axiológico-normativa ou o do estabelecimento do “dever-ser” da *validade* do direito, tomando a motivação como única sede da deontologia jurídica. Ora isto não pode, de forma alguma, acontecer. E não é aceitável apenas pelo bom argumento *quase-lógico* que torna imperativa a inclusão da parte (jurisprudência) no todo (o direito). Também porque, como nos ensina Castanheira Neves, a *Legislação* só é direito se tiver pressuposto um momento de *validade* (que o torna um “dever-ser” axiológica e materialmente fundado) e for *vigente* (como dever-ser *que é*).

Entendemos que a angustiada preocupação de muitos, relativamente ao que consideram ser um excesso da liberdade do juiz para encontrar motivos com que justifica a sua decisão (que logo identificam com um poder que consideram investido de perigosa discricionariedade), poderá ser reconduzida a uma preocupação razoável se outro for o âmbito que definirmos para este problema das “fontes do direito”. É o que tentaremos fazer desde já em humílimo diálogo com o professor Castanheira Neves.

Identificado o problema das “fontes” com o “o processo constitutivo da juridicidade” ou da experiência jurídica, dois momentos essenciais se abrem logo à nossa consideração: um *momento material* (em que uma dada realidade social, com o seu conteúdo histórico-cultural, solicita ao direito resposta para um dado problema); um *momento de validade* (em que essa mesma comunidade, enquanto detentora de uma axiologia específica, dele retira um pressuposto fundamento normativo que veicula através de princípios). Este

segundo momento comporta, por sua vez, a partição em dois outros: um primeiro em que os princípios se constituem como concreta normatividade (momento constituinte); um segundo, em que os princípios se objectivam numa vigência normativa (momento de objectivação).

A síntese dialéctica de todos os mencionados momentos realiza a "vigência normativo-jurídica", expressão final de todo o processo humano-histórico da constituição do direito ou da experiência jurídica humana. A esta luz, dever-se-ão entender as preclaras e mencionadas fontes do direito como sendo diferentes tipos de experiência jurídica, onde está desde logo contida como *constituída* e como *constituens*, a experiência jurídica da motivação que particularmente e aqui nos ocupa (25).

Haverá então de entender-se que os motivos que muitos designam como *extralegais* serão sempre uma concretização dos fundamentos axiológico-normativos, mas também epistémicos e periciais, que são, eles também, parte do momento histórico-material da constituição da juridicidade que não se confine apenas à invocação dos *motivos legais*.

A esta luz, não faz muito sentido o questionamento que por muitos é feito sobre o que consideram ser um poder excessivo e discricionário do juiz na escolha de motivos sobre que funda a sua decisão, desde que ele possa justificar, pratico-argumentativamente, através dos motivos, o fundamento ou validade da decisão encontrada no quadro do direito vigente. Já nos preocupa vivamente que eles, podendo, o não exerçam, de molde a reforçarem pela motivação a *validade* onto-axiológica do direito. As mais das vezes, lamentavelmente, limitam-se a manifestar a normatividade da legislação e a racionalidade quase sempre estratégica do legislador.

Uma ontologia dos *motivos extralegais* poderia recobrir um espaço não exclusivamente cartografado pela lei e fazer relevar potencialidades novas em matéria de fundamentação em direito. Bastava que convocasse para a motivação uma suplementar ordem de motivos situada para além da pressuposta na produção da prova e do saber pericial nesta implicado. Parece subsistir, de facto, um *déficit* de fundamentação axiológica no nosso modelo de motivação. Tanto quanto nos é dado empiricamente observar, no texto dos acórdãos observados no nosso estudo, a racionalidade convocada pela contemporânea *praxis* judiciária é, como procuraremos mostrar no fim deste

capítulo, mais finalística do que axiológica, isto é, mais uma *Zweckrationalität*, do que uma *Wertrationalität*.

Daí que a “ontologia dos motivos” que nos é oferecida esteja mais preocupada com o mostrar a sua adequação a fins de utilidade, de oportunidade, de eficiência e de eficácia práticas, e não tanto com o fundamento axiológico-material da validade da decisão, como se vê pela exiguidade de motivos que expressem a ideal realização da justiça na sociedade ou o teor das ponderações efectuadas. À intencionalidade subjacente ao modelo de motivação vigente, junta-se o indicador de um acervo tópico mínimo, o que particularmente denota algum desprezo pelo *sensus communis* e pela racionalidade argumentativa comum.

A invocação dos motivos extralegais afirma, de alguma forma, esta necessidade de o tribunal não poder ficar insensível à apreciação do senso comum e de o direito necessitar de uma legitimação fora de si mesmo. No entanto, pelos motivos que nos são dados, legitimamos a convicção de que, *praeter legem*, os motivos são quase exclusivamente de base empírica, procedimental, ou relativos a uma racionalidade finalística reiteradamente expressa no argumento que invoca o dever punir na salvaguarda última do interesse de prevenção geral. A ontologia dos motivos perde ali claramente a sua matriz onto-axiológica, pressuposta no direito como *ars aequi et bonni*, por troca efectiva com uma racionalidade empírico-científica, causal-finalística. Só *o direito à vida* parece verdadeiramente transcender o subjectivismo endémico dos direitos referidos à pessoa humana, para aceder à condição de valor que a nossa jurisprudência reconhece como verdadeiramente universal.

Escorar uma ontologia da motivação exclusivamente na lei parece ser, de entre o conjunto das demais propostas, aquela que à partida oferece maior tranquilidade e segurança jurídicas. Mas será também a que melhor serve uma estratégia de descomprometimento do juiz com a sociedade, como se mostrará em 5.2. No entanto, apenas seria assim se o direito, enquanto tal, pudesse funcionar no quadro de um sistema fechado, sem desígnio que o fizesse intervir no seio das dissensões humanas, o que, por demonstração apagógica, consequenciaria a sua auto-denegação.

O velho entendimento da “escola da exegese” que claramente se revê na máxima *dura lex, sed lex*, tem como sua única preocupação forçar a

conformação do real ao jurídico, na expectativa de que o jurídico, qual sapato de cristal de Cinderela, haverá de o subjugar, por amputação ou macabro contorcionismo do real, às suas belas mas inumanas formas esculturais.

Na linha ideológica do positivismo jurídico e da escola da exegese, prevalece a máxima *interpretatio cessat in claris*, e, na ausência da evidência racional aqui pressuposta, impõe-se o recurso a uma interpretação exegeta da própria lei em busca da vontade do legislador nela implícita. Sendo a lei um valor absoluto e o direito em si mesmo uma sistema completo, coerente e sem lacunas, estaria absolutamente fora de questão, neste quadro, a função complementar e, por isso, criativa do juiz, naquilo que ela tem de virtuoso e útil para o direito e para a sociedade.

Na doutrina são desde há muito aceites a lei, o costume a jurisprudência e a doutrina, como fontes inspiradoras do trabalho de motivação dos juizes, muito dependendo, no seu uso, a natureza dos próprios textos legislativos que ora não deixam ao juiz, praticamente, nenhuma iniciativa, ora deixam deliberadamente em aberto possibilidades amplas para o juiz poder, de facto, adequar a lei a situações novas, guiando-se por uma vastidão crescente de motivos extraleais.

Desta vastidão de motivos nos dá conta Robert Legros (26) que defende que o juiz pode motivar a sua decisão invocando, para além do texto da lei, dos trabalhos preparatórios, da doutrina, do costume e da jurisprudência, igualmente a tradição, as tendências novas, a moral, a justiça, o direito natural, o razoável, a ciência, a psicologia, a lógica, a criminologia, a economia política, o direito comparado, os imperativos sociais, nacionais, internacionais, as práticas admitidas, a medicina, a arte, a filosofia, a educação, a classe social, a consciência social, etc.

Este mesmo autor chama a atenção para o facto de os motivos não serem válidos em si mesmos, carecendo de contexto que lhes confira a validade e a preeminência de uns sobre os outros, particularmente quando a natureza dos assuntos em conflito os leva a pleitear entre si. Caberá então à Teoria da Argumentação introduzir, pelo debate, a regra do melhor argumento que há-de definir qual dos motivos fará vencimento na circunstância em presença e já não em outra. Tratar-se-ia, por exemplo, de dirimir a questão de saber se os motivos que invocam a tradição deverão sobrelevar neste caso e

sucumbir naquelo outro aos motivos que sustentam a ideia de progresso e de evolução natural dos costumes e da vida.

O problema fundamental é ainda o da natureza dos motivos e das suas fontes. A questão, aqui sob análise, é essencialmente um problema de direito. Isto porque se nos afigura relativamente pacífica a aceitação da ideia de que a motivação em matéria de facto segue uma trajectória mais tranquila, em função da sua específica natureza que bem se insinua no aforismo popular que diz *contra factos não há argumentos*. Sendo certo que sede da sua qualificação em direito se convoque já, como sabemos, uma problemática qualificação valorativa que torna questionável o *modus* dessa qualificação.

De facto, como no-lo lembra Legros, o juiz limita-se a fornecer os dados que fundamentam a sua convicção, como sejam os documentos escritos, os testemunhos, as confissões, as peritagens, constatações materiais e presunções que mais não são, afinal, do que as provas *atécnicas* de que nos fala Aristóteles. Os limites a que deverá necessariamente submeter-se estão contidos em directivas legais muito simples: o juiz não pode fazer uso dos seus conhecimentos de facto pessoais; não deve submeter à interpretação um texto da lei quando claro; já outrossim lhe compete interpretar, embora restritivamente, os textos repressivos ou excepcionais e, finalmente, o juiz não pode contentar-se com o invocar a autoridade de uma jurisdição superior.

O conjunto destas directivas que estabelecem um contorno de limites legais à faculdade interpretativa do juiz, só muito subtilmente contendem com o efectivo e amplo poder discricionário, concedido pela lei ao juiz para fundar a sua decisão. Daqui resulta, que não será o dispositivo jurídico da motivação, na sua efectiva e legítima aplicação, o elemento mais complexo, criativo e digno de reflexão neste contexto da motivação das decisões do Supremo Tribunal de Justiça.

Esse protagonismo deverá caber, em primeira linha, à ontologia dos motivos de que o Tribunal se serve para escorar toda a engenhosa arquitectura da motivação. Neste plano cabe, de facto, formular boas e legítimas perguntas em ordem a saber: o que é que o juiz pode invocar como motivos ? onde pode ele buscar os motivos de que se serve para decidir, bem como os seus argumentos ? em que domínios esta acção criativa do juiz pode considerar-se

mais alargada ou mais estreita ? e, por último, existirá ou não uma hierarquia relativamente às fontes dos motivos ?

O presente estudo, que incide sobre um objecto empírico constituído por sessenta acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça relacionados com a prática do crime de homicídio, permite-nos confirmar muito claramente, segundo um critério de simples adição de ocorrências, que são a lei, a jurisprudência e a doutrina as fontes privilegiadas dos motivos invocados, sendo que *o costume* se revela apenas como uma fonte muito discreta que acompanha o cortejo, igualmente discreto, dos motivos extralegais ou suprapositivos.

Em todo o caso, a natureza dos motivos invocados, na motivação daquele Alto Tribunal, indicia, de quando em vez, a existência difusa de motivos e de fontes fora do universo ontológico tradicional.

A verificação de uma pontual excentricidade, num universo tradicionalmente fechado, como é o da jurisprudência entre nós produzida, consequência que nos questionemos sobre a natureza das razões e critérios que determinam um tal estado de coisas e sobre a intencionalidade que se estabelece como linha confinadora do horizonte prospectivo da motivação, em ordem a sabermos como a ultrapassar.

Cabe, afinal, perguntar se, ao invés da perigosa discricionariedade do juiz, no que concerne à prospecção criativa de soluções e de motivos jurídicos, não se verificará antes uma petrificada padronização ancilosante e se a sua índole intencional não dará antes razão aos que denunciam, nesse proceder, o cumprimento de uma *política ordem de finalidade* - estratégia jurídico-política de “funcional programação e institucionalização de certos objectivos político-sociais”, em vez de ser expressão de uma “pressuposta e comunitária contextual validade axiológica” (27) - donde a perpetuação de um modelo tecnocrático de aplicação da lei que identificamos no cap. II sobre a *dirscursividade técnica* e que denunciamos, com o fundamento possível, no nosso cap. IV ou da *epistemologia da decisão*.

Os fundamentos da obrigação de motivar são hoje expressão da necessidade de prestar uma pública garantia contra uma decisão arbitrária, contra a intromissão de pontos de vista pessoais ou em vista de consolidar o respeito pelos direitos da defesa, propiciar um controlo do raciocínio do juiz, permitir uma meditação sobre a decisão, fornecer indicações precisas em vista

da possibilidade de recurso e, finalmente, permitir o controlo eficaz pelo tribunal que acolhe o recurso.

Robert Legros chama a atenção para a preeminência do imperativo formal acima referido, cuja importância reside em sublinhar que a motivação é condição necessária para que, no pleno exercício do direito de defesa, o acusado possa interpor recurso sempre que haja a possibilidade de invocar a existência de erro ou ilegalidade em matéria de facto e de direito, circunstâncias que tornem legítima essa pretensão.

No cumprimento dos procedimentos canónicos da motivação, compete ao juiz responder obrigatoriamente às conclusões e indicar, quando se trate de matéria repressiva, quais as disposições legais que enunciam os elementos constitutivos da infracção que impendem sobre o condenado. Deverá ainda evitar toda a contradição, ambiguidade e obscuridade e indicar, por fim, as disposições legais que estabelecem a medida da pena.

Temos presente que a constituição e atribuições dos tribunais colectivos traduzem a preocupação de natureza estratégica jurídico-política de evitar que se obtenham, em casos de maior relevância penal e de maior impacto social, soluções que pudessem explicitar um resultado bizarro e estranho para um senso comum jurídico. Não esqueçamos, no entanto, que a decisão radica sempre na sede inexpugnável onde se forma a deliberação íntima de cada juiz. E o colectivo surge, essencialmente, como dispositivo de auto-regulação judiciária.

A interpretação dos factos, conquanto a sua motivação seja mais objectivável, através da invocação dos elementos da prova material e testemunhal, não ilide nunca, por completo, o elemento da incerteza, porque uma coisa é a realidade e outra a apropriação que dela fazemos. No entanto, é sobre o acervo de dados da perícia, da polícia científica, da observação e verificação empíricas, em correlação com os dados da prova testemunhal, que o tribunal encontra as condições para estabelecer a verdade acerca dos factos.

Como preocupação de ilustrar o que poderá ser uma tendência da nossa *praxis* judiciária da motivação, se mais finalística do que axiológica, mais *Zweckrationalität*, do que *Wertrationalität* (28), retomemos, a esse título, alguns exemplos coligidos dos acórdãos estudados. Na inventariação que fizemos no universo dos sessenta acórdãos, em texto integral, registamos 71 ocorrências

do “argumento teleológico” e apenas 13 que veiculam explicitamente o “argumento axiológico”. No que às primeiras respeita, a emergência de um *telos*, como a breve trecho se ilustrará, mais não faz do que explicitar uma “racionalidade estratégica” que se oferece já expressamente no normativo (29), como se fora um índice de atitude servil de alguma motivação judiciária que persiste em eleger a *Legislação* como a fonte privilegiada dos motivos.

De facto, para os crimes de homicídio em geral, o Código Penal, no seu art. 72º, estabelece que a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, se fará em função da culpa do agente, tendo também em conta as exigências de prevenção de futuros crimes e todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor do agente ou contra ele. Em conformidade, a motivação da “medida da pena” para um crime de homicídio não pode deixar de enunciar a intencionalidade estratégica prescrita pelo legislador a coberto das “exigências de prevenção de futuros crimes”. Mas, como é de todo evidente, o legislador quis subordinar o cumprimento desta exigência à da prévia realização do direito, através da problemática imputação de um acto doloso a um agente.

Esta prévia exigência é cumprida na hierarquia dos motivos da concreta motivação, v. g. do “homicídio qualificado”, quando se invoca, em primeira linha, a “intensidade do dolo”, o “elevado grau do ilícito” ou mesmo a “gravidade das consequências” para desaconselhar a atenuação especial da pena e, só após se faz referência expressa às “exigências da reprovação do crime cometido e da prevenção geral da violência crescente a que no País se está a assistir, e sobre o próprio arguido por forma a dissuadi-lo de continuar a delinquir” (30).

É-nos dado reconhecer que, no espaço da concreta motivação, a intencionalidade estratégica é persistentemente reforçada, emergindo como intencionalidade de fundo, tal como se exprime no acórdão de 7 de Maio de 1991 que sustenta: “No que à prevenção pertine, há que sublinhar que, dada a frequência com que os crimes de homicídio são perpetrados hodiernamente no nosso país - *país outrora de tão brandos costumes* - manda a justiça e a comunidade em que nos achamos inseridos e em nome da qual exercemos o nosso mister de juizes, que os agentes de tais graves delitos sejam estigmatizados com uma certa severidade, não só para seu exemplo, mas

também para pôr um travão à onda de criminalidade que, no aspecto em questão, prolifera e que grandemente afecta *a paz e a tranquilidade dos cidadãos honestos*". Pelo que neste argumento se destaca em itálico, justifica-se que se diga que o reforço da intencionalidade estratégica de "prevenção-geral" nem sempre é servido pela escolha criteriosa de argumentos, como é manifesto na reprodução frequente de "clichés" de nula eficácia persuasiva.

Verificamos ainda este tipo de racionalidade funcionalista é no geral mitigada e, de algum modo justificada, pelo contraponto da necessária censura ético-social associada aos crimes contra a vida. Não deixaremos, porém, de exprimir um merecido reparo à ambiência psicagógica de alguma motivação que opera uma despropositada inversão do peso (mais do que da ordem) dos motivos legais em crimes de homicídio, no assumir enfático das *"exigências de prevenção de futuros crimes - hoje tão frequentes e que trazem os cidadãos honestos em insegurança - a reclamar que o réu seja estigmatizado com certa severidade, dentro de um sã critério de justiça"*, como se fora a prevenção o elemento determinante da medida da pena e o "sã critério de justiça" a magra expressão uma intencionalidade segunda onde o dolo se presume (31). Já o acórdão de 7 de Outubro de 1992 sublinha tão só a *"grande premência das exigências de prevenção geral ao nível dos crimes contra a vida"*, ideia com a qual não podemos deixar de estar em absoluto acordo.

Aquela tendência é também visível na motivação de acidentes de viação de que resulte homicídio involuntário com culpa grave, onde se diz que *"não se podem olvidar os fins de prevenção geral da pena e da repressão, atendendo à frequência dos acidentes de viação, em que os seus autores bem revelam o seu desprezo pela vida, bens e segurança do seu próximo"* (32). Por ilícito do mesmo tipo. o S.T.J., em acórdão de 13/03/91, nega provimento a um recurso interposto no sentido de substituir a pena de prisão efectiva pela de multa *"em obediência ao princípio [funcional, diga-se] de que há que punir com uma certa severidade tais delitos, que, como é do conhecimento geral, vêm, desde há muito e com grande frequência, ensanguentando as estradas do nosso país e que trazem em sobressalto a comunidade em que nos achamos inseridos"*.

Para ilícito da mesma natureza, veja-se, por todos, o acórdão de 22 de Maio de 1991, em que aquele Alto Tribunal decidiu, unanimemente, que "não

podemos esquecer que, em casos de acidente mortal, com culpa grave e exclusiva do condutor, por razões de prevenção, vem este Supremo Tribunal, quase *una voce*, defendendo que o seu autor, salvo circunstâncias excepcionais, deve ser punido com certa severidade e com pena de prisão efectiva, em nome da justiça e da comunidade em que todos nos achamos inseridos, a fim de contribuir o mais possível para a redução dos acidentes de viação, que diariamente ensanguentam as nossas estradas”. Nota-se aqui, uma vez mais, um propósito de reforçar pela comoção emocional o efeito de presença dos actos ilícitos pela pictorização cénica das suas consequências.

Se consideramos como *legais*, em rigoroso sentido, apenas os motivos que possam obter-se do preceptivo legal, então ter-se-á de acolher sob designação de *extralegais* todo o vastíssimo repertório de motivos *praeter legem* acima enunciados por Robert Legros.

A motivação do acórdão de 11 de Fevereiro de 1993 oferece-nos adequada ilustração de uma intencionalidade mais dirigida à realização da justiça do que à realização dos fins da prevenção geral, fazendo convocar os constrangimentos socio-culturais que terão consequenciado o pânico da jovem mãe, como motivos determinantes da qualificação juridico-penal do seu acto ilícito como “infanticídio privilegiado”. Nos termos da motivação produzida, ela terá agido assim como forma de “ocultar a desonra que a sua situação de mãe solteira provocaria ao nível da sua família quer ao nível do seu meio social”.

No limite, concorrem para aquela qualificação juridico-penal um motivo sociológico relevante e um motivo de racionalidade estratégica que, inesperadamente, vai no sentido de reconhecer que “crimes como este felizmente não abundam e é suposto que a arguida não o repetirá”. Mas, para que se compreenda a natureza excepcional da decisão tomada e se não perca um primordial sentido da motivação, aquele Alto Tribunal convoca como derradeiro motivo, dissuasor de tais práticas no futuro, a evolução cultural e social que diz ir no sentido de considerar “*o sentimento de desonra da mãe solteira [como] seriamente enfraquecido e só raramente encontrará justificação jurídica e social*”.

Vejamos agora que também se manifesta na motivação judiciária a outra forma de racionalidade prática - a “racionalidade axiológica” (*wertrationalität*) : já na preocupação de “realizar a verdadeira justiça”, como se

motiva no assento de 9 de Novembro de 1977, face a duas decisões contraditórias produzidas na apreciação dos mesmos factos constantes de um único processo; já na de realizar o direito como “ars aequi et bonni”, fazendo a pedagogia do perdão da pena, concedido pela Lei n. 16/86 de 11 de Junho, como “acto de clemência” (33); já quando na interpretação das circunstâncias a que alude o n. 2 do art. 72 do C. P. se reforçam os “critérios valorativos objectivos” contra as “concepções pessoais, de simpatias ou emoções” (34); já considerando também a conduta do arguido que pretende forçar a noiva a casar-se com ele, como um acto violador da liberdade individual de escolha que assistia à vítima, não obstante reconhecer que a vítima concorrera para aquele comportamento, uma vez que, “não desejando casar, deveria ter terminado o [prolongado] namoro” (acórdão de 30 de Outubro de 1991) ; ou elegendo a “vida” como “valor fundamental e primeiro da pessoa” (acórdão de Janeiro de 1992) ou como “bem fundamental da pessoa humana” (acórdão de 13 de Janeiro de 1993), considerando que o arguido ao dar a morte a seu pai terá franqueado à comunidade “a sua perversidade e malvadez altamente censuráveis”, não obstante serem atendíveis como atenuantes as razões que determinaram a conduta do arguido que terá representado como sendo aquela a única forma de “fazer justiça” e de “libertar a mãe do seu sofrimento”, dos maus tratos do pai, num quadro onde efectivamente conflituam os valores da Vida, da justiça, a coberto da ponderação do conceito de “legítima defesa”.

1. 3. - Motivação e argumentação

Poder-se-ia sustentar que no percurso para a sentença, considerada no seu sentido amplo de decisão judicativa, há momentos que requerem do juiz formas particulares de decisão, designadamente os que respeitam à interpretação das normas e à apreciação da prova, e que podem mesmo ser autonomamente motivados. Em todo o caso eles são, de facto, parte integrante da decisão final e da motivação consequente.

No seu estudo “Motivation de la décision judiciaire”, Jerzy Wróblewski (35), faz-nos notar, num primeiro impulso, a natureza polissémica do termo

“motivação”, mesmo adentro do universo jurídico onde os diversos tipos de “langue” fazem dela um conceito ora mais abstracto, ora mais concreto, assim se lhe refira a teoria do direito e a filosofia do direito, ou a dogmática jurídica. O nosso A. reconhece como sendo menos complexa a nossa tarefa quando pretendemos reconstruir o sentido do termo em sede de motivação judiciária.

Wróblewski dá-nos a ver, no universo judiciário, quatro acepções paradigmáticas ou de uso mais corrente do termo motivação: já enquanto “motivação legal”, como “justificação”, enquanto “explicação psicológica” e, por último, como “explicação sociológica”. De entre as significações enunciadas são as de “motivação legal” e de “justificação” as que se nos oferecem como mais pertinentes, atendendo aos critérios do uso mais comum e do primordial interesse do seu destinatário privilegiado, o auditório judiciário universal. O mesmo destaque se reforça no recorte do objecto da reflexão que pretendemos especificamente levar aqui, sob a epígrafe da “Motivação e Argumentação”, levar a cabo - postular a “justificação” como paradigma ou critério de fundamentação da motivação judiciária.

É de motivação legal se trata quando fundamentamos o uso estrito do dispositivo da subsunção; mas é necessariamente de justificação que falamos quando atendemos sobretudo às racionalizações que fundamentam as escolhas feitas, quer na interpretação das normas e na apreciação das provas, quer ainda e sobretudo na decisão final. Em função dos critérios porque se regem, os termos em referência garantem, respectivamente, a segurança jurídica e a paz judiciária.

Se a motivação, por motivos já enunciados, assimilou no momento inaugural da sua consagração, e haveria de exercer, durante mais de século de vigência, o paradigma de fundamentação da lógica formal, acolhendo-se sob seu modelo inferencial da formal demonstração, a dominância deste foi cedendo campo perante a credibilização crescente do paradigma da justificação, paradigma de fundamentação em Filosofia.

Hoje ainda, por razões consabidas de conservação do existente, persistem entre nós metodologias jurídicas de matriz lógico-dedutiva, postuladas por quantos pensam ainda o direito como sistema fechado e capaz de realizar apenas dedutivamente a justiça como verdade apodíctica. Já por razões que se prendem já com o prestígio e acrescida utilidade em domínios

da perícia e da prova, o paradigma de fundamentação nas ciências ditas positivas, que procede por verificação empírica, colhe nos meios juridico-judiciários considerável prestígio. O perigo não reside na subsidiária cooptação de contributos das ciências e da técnica para a produção da prova judiciária, mas sim na medida em que a ideologia tecno-científica pretenda, no geral, substituir-se na sua índole intencional de uma “performatividade óptima” (como se verá no capítulo sobre *os direitos humanos*) substituir-se ao direito como ordem reguladora a que o direito se submeta.

Importa ter presente que a lógica formal e as ciências positivas se guiam por objectivos que visam aceder ao plano das evidências: a evidência racional para a primeira; a evidência empírica para as segundas. E é por todos consabido que, apenas muito excepcionalmente, a tomada de uma decisão pelo juiz de direito poderá ser suportada pela força de tais evidências: muito dificilmente a clareza da norma, a evidência dos factos e a força das circunstâncias se conjugarão para a tomada de uma decisão linear, não conflituante com os valores de justiça, de equidade e de razoabilidade.

A motivação de uma decisão judiciária deverá expressar o esforço do juiz no sentido de compatibilizar o universo das normas com o dos valores socialmente admitidos. Só respeitando-os se elidem, de facto, os constrangimentos maquínicos do uso estrito do dispositivo e se dá expressão à expectativa do hipercrítico auditório judiciário universal.

A Teoria da Argumentação disponibiliza para uso judiciário um critério de racionalidade capaz de operar na justificação criteriosa das escolhas entre valores. Por essa razão, motivar judicialmente uma decisão requer inexoravelmente o concurso do paradigma argumentativo, presente desde logo na interpretação das normas, na apreciação dos factos e na argumentação do juiz consigo mesmo em vista da formação da sua íntima convicção.

Falar do paradigma argumentativo é reconhecer que uma discursividade técnica se assume como instrumento logo-técnico capaz de promover e justificar as escolhas entre valores, constituir um espaço de racionalidade onde interesses antagónicos tenham expressão igual, obter a configuração de soluções razoáveis suportadas em princípios de equidade e de justiça e, por fim, persuadir o auditório judiciário da boa aplicação da justiça.

Para se desempenhar dessa função, a Teoria da Argumentação terá de acordar os princípios gerais do direito adormecidos e a esquecida tópica jurídica, compatibilizando, em todo esse labor, a lógica institucional sistémica do direito vigente com os valores referidos e que fazem parte, afinal, do senso comum jurídico.

Por esta via o paradigma argumentativo, através da discursividade técnica que lhe é própria, opera no universo judiciário uma função descrepadora do sistema das leis positivas e de democratização efectiva no domínio da sua aplicação, tornando consistentes os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório.

Ao uso do termo motivação no universo judiciário associam-se quase espontaneamente significações emergentes do seu uso em psicologia, sublinhando-se nesse caso os móveis psicológicos que sustentam a tomada de uma decisão. Não é de estranhar, por isso, que entre as quatro significações mais correntes para o termo motivação se encontre também a de explicação psicológica.

Mas uma coisa é ter disponível uma boa explicação desse teor, para os casos em que o resultado final é manifestamente estranho; outra coisa será o tomar os móveis psicológicos como matéria da própria motivação judiciária.

Nesta linha de pensamento se situa M. T. Sauvel (36), para quem os motivos fundamentadores de uma sentença deveriam ser redigidos de modo a que, através da sua leitura, fosse possível conhecer com fidelidade todas as operações do espírito que conduziram o juiz à adopção de um determinado dispositivo. Um tal cuidado po-lo-ia em guarda contra desvios introduzidos por um qualquer raciocínio e contra todo o tipo de pressões.

Perelman sublinha, no entanto, que aquela passagem do subjectivo ao objectivo, isto é, do que persuade um sujeito ao que deveria convencer todos os outros, enferma dos vícios da utopia cartesiana. Afinal, razões de diverso tipo inibem e opõem-se mesmo à transposição dos métodos e concepções do plano cartesiano para o campo jurídico e, particularmente, a que possibilita a identificação da motivação judiciária como indicação de todas as operações do espírito que conduziram o juiz ao dispositivo por ele adoptado.

A própria Lei Processual Penal portuguesa protege taxativamente o segredo das deliberações colectivamente tomadas, designadamente nos

aspectos que possam pôr em causa a coesão do tribunal e a força da decisão. De facto, esta deve ser inequívoca, taxativa, e ter a força da coisa decidida. É de presumir, muito fortemente diga-se, que a motivação que ignore a especificidade da decisão judicial, dando pormenorizadamente conta dos detalhes não pertinentes, poderá, eventualmente, carrear para julgamento o efeito negativo do uso, nesta sede, do argumento *ad hominem* e, pior ainda, do argumento *ad personam*. Aliás, muito concludentemente, Perelman refere que a mera descrição das operações do espírito do juiz não fornece necessariamente uma boa motivação, isto é, uma legitimação ou uma justificação que persuada as partes, as instâncias superiores e a opinião pública do bom fundamento da decisão (37).

Nas *Jornadas de Direito Processual Penal*, Marques Ferreira dá-nos conta de que a natureza obrigatória da motivação que então se anunciava para o novo C. P. P. convocava uma intencionalidade nova, em absoluta oposição à prática judicial na vigência do C. P. P. de 1929. Requeria ela não apenas “uma genérica remissão para os diversos meios de prova fundamentadores da convicção do tribunal [...]”. No futuro processo penal português, e em consequência com os princípios informadores do Estado de Direito democrático e no respeito pelo efectivo direito de defesa [...] exige-se não só a indicação das provas, ou meios de prova que serviram para formar convicção do tribunal mas, fundamentalmente, a expressão tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto que fundamentaram a decisão”. Adverte-nos porém de que será errado identificar motivos de facto com factos provados (*thema decidendum*), ou com os meios de prova (*thema probandum*). Motivos facto serão, na opinião de Marques Ferreira, os “elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substracto racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência” (38).

No mesmo sentido vai referido o entendimento do professor Eduardo Correia quando diz que: “só assim racionalizada, motivada, a decisão judicial realiza aquela altíssima função de procurar, ao menos, “convencer” as partes e a sociedade da sua justiça (...)” (39). A natureza e função da motivação é aqui

convocada, como bem se vê, na sua dupla função de fundamentação *intraprocessual* e *extraprocessual*.

Em plena baixa Idade Média, a forma de motivação implícita na necessidade de organização do processo por via do recurso para almotaxaria de maior prestígio, era, quando muito, um muito ténue pressuposto intraprocessual. Ora, esta exigência de fundamentação intraprocessual, que Marques Ferreira define como “reexame do processo lógico ou racional que lhe subjaz, pela via do recurso [...]” (40), torna-se imperativo legal e referência obrigatória para o direito dos povos do Ocidente. O pressuposto de que a motivação deve também oferecer-se como justificação extraprocessual, hoje comumente aceite, não nos aparece como preocupação consistente no direito moderno-iluminista. É necessariamente uma preocupação que se reforça com o aprofundamento da democracia no ocidente e é de certa forma correlata da evolução do conceito de Estado de Direito para o de Estado Social de Direito. Daí que Marques Ferreira sublinhe a complementaridade desta dupla exigência “intraprocessual” e “extraprocessual”, enquanto forma de assegurar, pelo conteúdo da motivação, não apenas o respeito efectivo pelo princípio da legalidade na sentença, mas também a própria independência e imparcialidade dos juizes, uma vez que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais mas a própria sociedade .

Como claramente transcorre das linhas definidoras do positivismo e da Escola da Exegese, a obrigação de motivar as sentenças tinha, então, uma função fiscalizadora dos actos do magistrado judicial, manifestação clara de uma opção de consolidar o sistema, organizado em torno de uma nova racionalidade, fundadora de uma nova ordem jurídica que tinha como valores de tomo a igualdade dos cidadãos perante a Lei.

A preocupação política que vertia as suas orientações no processo penal, terá sido fundamentalmente esta: a de que se criasse uma ordem jurídica consistente que fizesse de indivíduos sem nome nem identidade jurídica, sujeitos de direito, capazes de participar em plena paridade de direitos, obrigações e personalidade jurídica, com a burguesia em ascensão, nas actividades do comércio.

A obrigação imposta aos juizes de julgar na estrita exegese das normas tinha sobretudo que ver com a defesa do regime: à retaguarda, contra a

postura supostamente reaccionária da nobreza, até então detentora do poder político e administrativo; à vanguarda, dos magistrados então demasiado independentes, não fossem eles pretender aprofundar os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, como o defendiam as vanguardas revolucionárias e, sob essa influência, dar o conceito de justiça uma dimensão mais social.

A obrigação de motivar as sentenças na estrita subsunção à lei, visava sobretudo, como defende Perelman, retirar autonomia aos juizes, submetendo-os à vontade da nação, encarnada na vontade do legislador. Deste modo, a lei era concebida como encarnação de natureza ôntica, quase mística, da vontade nacional e, por isso, intocável (41).

O uso do silogismo jurídico em conjunção com os argumentos *a pari*, a contrario, *a fortiori* e do argumento do direito canónico distingue, bastavam para o desempenho dessa função recodificadora e de subsunção dos casos particulares à lei, sem pôr em risco a segurança do novo ordenamento jurídico-político.

Deste modo, o conceito de motivação em Direito, a partir da tradição instituinte que foi a francesa, colhe a significação restrita de indicação das razões que motivam o julgamento e a racionalidade que lhe serve de berço comporta a ideia de que o tecido das leis recobre completa e uniformemente a realidade social, sem lacunas nem antinomias.

Por isso, todos os casos litigiosos tinham solução na lei, sem que para tanto se tivesse de recorrer a qualquer tipo de interpretação, competindo ao Juiz apenas a função de ser “la bouche que dit la loi”, sem que devesse questionar-se sobre se a solução por si encontrada era efectivamente equitativa e socialmente admissível.

A substituição do “*référé législatif*” pelo art. 4.º do Código de Napoleão veio outorgar ao juiz algum poder discricionário, tornando legítima a sua intervenção nos casos de silêncio, obscuridade e insuficiência da lei. Mas tal discricionariedade cessava nos casos litigiosos em que uma só lei clara bastasse para formar a correspondente moldura penal. Em situações deste tipo e uma vez estabelecidos os factos, impunha-se-lhes aplicar a única solução prevista na lei.

Um pouco em razão da expansão da perspectiva funcionalista do direito, ocorrida na segunda metade do século XIX, e muito particularmente em resultado da revitalização da concepção tópica do direito, surgida após a deflagração da II Guerra Mundial, foram sendo progressivamente denunciadas e objecto de ponderação as consequências iníquas que resultavam da aplicação do texto da lei nos termos consentidos pelo positivismo jurídico, soberana corrente de orientação estratégica jurídico-política. Uma nova atitude promoveu insistentemente a abertura de caminhos, no quadro da lei, em vista da obtenção de soluções mais razoáveis e justas.

Como fundamentámos no nosso estudo *Retórica, Direito e Democracia*, Laborinho Lúcio faz-nos notar quanto nos nossos dias vai emergindo uma racionalidade plural e gradual, no sentido de impedir uma resposta monológica, de sim ou não, às questões jurídicas mais fundamentais e que, segundo o mesmo autor, introduz uma forte componente de "fluidez" no sistema jurídico, que vai para lá da noção de "flexibilidade" que já lhe reconhecia Carbonier. Acrescenta porém que a emergência desta fluidez, apenas significa fraqueza do direito para quem persistir na falsa convicção de que por uma lógica estritamente dedutiva e através de uma concepção de rigorosa autonomia do direito se atinge a certeza ou uma maior segurança jurídica (42).

É hoje frequente ver um magistrado arguir em favor de uma solução, opondo o espírito à letra da lei ou, então, opondo à vontade do legislador real a do legislador razoável, que por forma alguma consentiria na obtenção de uma solução inaceitável, do ponto de vista social. Outras circunstâncias haverá que poderão levar o juiz a invocar o espírito do direito e não já o espírito da lei.

Chaim Perelman faz-nos notar que a própria ideia de motivação muda de sentido ao mudar de auditório. Esta constatação revela-nos um facto novo e determinante para a economia da nossa reflexão sobre a função da motivação nos sistemas jurídicos contemporâneos.

É que no momento histórico inaugural, em que surge a obrigação de motivar as sentenças, o juiz tinha unicamente por auditório o próprio legislador a quem tinha de demonstrar que a decisão fora conforme com a lei. Sobre ele impendia a obrigação de indicar exclusivamente os textos da lei de que fazia aplicação.

O desenvolvimento subsequente do direito, da sociedade e da própria comunicação de massas, mostram-nos que a motivação não pode ignorar a opinião pública. De facto a motivação cumpre ainda, de par com as funções intraprocessuais que atendem à legalidade do processo e aos interesses específicos das partes, funções extraprocessuais.

Entre estas se inscreve a necessidade de atender ao interesse público que espera sempre que a interpretação da lei seja a mais conforme à equidade e ao interesse geral.

O exercício do poder em direito, recorda Chaïm Perelman, supõe sempre a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções. Para nós a questão pertinente é, então, a de saber como encontrar o critério ajustado para aferir se uma decisão jurídica é ou não razoável, sabendo nós que esta noção tem sobretudo que ver com critérios sociológicos.

Sem um critério objectivo que lhe defina o sentido, o juiz pode socorrer-se de padrões ou *standards*, como o enunciado na noção de *bonus pater familias*. Mas poderá igualmente repensar o exercício do seu poder fazendo uso do critério que convence o auditório judiciário universal.

É inquestionável que o juiz não pode eximir-se deste confronto com um auditório, uma vez que não se lhe pede já, de forma alguma, que seja a boca que diz a lei. Sabe-se e ele sabe-o, que lhe cumpre fazer escolhas em função de uma margem relativa de apreciação. E fazer escolhas pressupõe sempre fazer uso de juízos de valor. O magistrado não pode hoje ignorar a força performativa da linguagem, deixar de habilitar-se com a discursividade técnica adequada, ou deixar esquecidos os seus recursos retóricos.

A outra vertente do problema prende-se, porém, com a questão da subjectividade destas escolhas. O nosso ordenamento jurídico não o ignorou quando instituiu a colegialidade dos tribunais para a arbitragem dos casos com mais relevância penal. Mas, se a colegialidade dos tribunais cumpre uma função importante é sobretudo a de evitar, não os juízos de valor, mas que faça vencimento um ponto de vista que se afaste demasiado da opinião comum.

Cristiani distingue interpretação e discricionariedade como sendo dois momentos diversos no processo de aplicação da lei, observando-nos, todavia, que os mesmos não são separados nem independentes. São diversos no

sentido em que teremos de distinguir o carácter meramente intelectual da interpretação das normas, do conjunto dos juízos de valor, dos critérios de apreciação de situações concretas e ainda de sínteses parciais ou incidentais que caracterizam, pelo contrário, a discricionaridade (43).

E falar em discricionaridade no universo judiciário é abrir espaço para a subjectividade e para a dimensão criadora do juiz, como nos observa Laborinho Lúcio, no mesmo texto em que sublinha a inquestionabilidade da dimensão criadora do juiz no panorama judiciário actual, fazendo ver que a figura do juiz-simples-servidor-da-lei é hoje uma perigosa ficção. Neste quadro, sustenta ainda L. Lúcio, a verdadeira discussão incide, não sobre a alternativa criatividade / não-criatividade, mas sobre o grau de criatividade e sobre a forma, limites e legalidade da criatividade judicial. Importa por isso colocar o papel criador do juiz num plano de visibilidade de modo a torná-lo evidente e portanto criticável, em vez de o manter oculto e, por isso, insindicável (44).

Retenhamos, em síntese, que a motivação, mais do que servir de anel de retroacção de um dispositivo maquínico de aplicação do direito, é essencialmente dispositivo de autocontrolo do juiz no quadro do exercício do poder que lhe é dado para aplicar o direito, numa certa margem de discricionaridade contida, onde lhe é dado exercer de forma criadora a sua função. A motivação judiciária submete-se, naturalmente, ao controlo de um olhar que é intensivamente exercido pela sociedade e pelas instâncias superiores. Mas, do nosso ponto de vista, à motivação cabe sobretudo esta função de interiorizar no próprio juiz-relator um dispositivo de controlo próprio, que poderá ter expressão no conceito de auditório universal.

A motivação usada entre nós pelos Tribunais Singulares e mesmo pelos Tribunais Colectivos de 1ª Instância, terá como função demonstrar e justificar a sentença, perante as partes, a opinião pública esclarecida e, sobretudo, perante os Tribunais da Relação, quando o apelado é um Tribunal Singular e Supremo Tribunal de Justiça, quando o apelado é um Tribunal Colectivo.

O Supremo Tribunal de Justiça, cujos acórdãos estão sob análise no nosso trabalho, **esforçar-se-á** sempre por convencer, não só o Tribunal Constitucional mas todos os tribunais que lhe estão subordinados hierarquicamente, de que a solução por ele encontrada é a mais conforme com o direito vigente e a que melhor se adapta à resolução dos problemas que se

pretendem resolver, particularmente nos casos em que intervém com vista à uniformização da jurisprudência.

Como arte final do seu labor está a preocupação de fornecer aos magistrados judiciais critérios uniformes para apreciação de casos análogos, salvaguardando, por um lado, a segurança dos juizes, o prestígio dos tribunais e do sistema de leis e, por outro lado, a paz judiciária. A esta preocupação em obter uma solução de equilíbrio, com a consciência de que a mesma deve poder ser mantida no futuro e servir de precedente, reconhece Perelman o grande mérito de se constituir como paradigma que guiará os juizes tanto na redacção do dispositivo como na dos motivos, como na formulação de princípios jurídicos que escorarão a sentença (45).

Resulta das razões por nós expendidas que motivar uma sentença não é fundamentá-la de uma maneira impessoal, através de princípios de natureza demonstrativa. Motivar é, sobretudo, justificar uma decisão perante auditório judiciário universal. A motivação é função do auditório a quem se dirige, pelo que se terá de ter em conta sempre a necessidade de prévio conhecimento do auditório a que se destina, para que a motivação possa persuadi-lo de que a decisão está conforme com as suas exigências em matéria de direito e de justiça.

A adaptação ao auditório não se confina à matéria de facto e de direito. Terá mesmo que ir de encontro à ideia que esse auditório faz do papel e dos poderes do juiz no conjunto de instituições nacionais e internacionais. No entanto a concepção que o auditório tem do direito, da justiça e do próprio papel do juiz, varia tanto com as épocas, os países e as ideologias dominantes, que, segundo Perelman, não devemos esperar nesta matéria uma verdade objectiva, mas unicamente uma tentativa de adaptação a uma dada situação.

Lembrados de que o surgimento da obrigação de motivar as sentenças foi simultâneo com a queda das formas de direito autoritário que ostentou o Antigo Regime, como o foram as Ordálias, os Julgamentos de Deus, o Juramento do Acusado e as Provas Legais, estamos convencidos de que a consolidação e aprofundamento da democracia se foi igualmente reflectindo ao nível da consolidação e aprofundamento da própria motivação judiciária.

Assim o entende Marques Ferreira, cujo pensamento é corroborado por Maia Gonçalves na nota 5. ao artigo 374.º do C. P. P., quando sustenta que “o problema da motivação está intimamente conexo com a concepção democrática ou antidemocrática que insufla o espírito de um determinado sistema processual, e no que concerne ao processo penal entre nós vigente [o autor refere-se ao C. P. P. de 1929] este enferma, neste particular, de nítidas características medievais e ditatoriais” (46).

A maior ou menor liberdade com que os juizes produzem e motivam as suas sentenças poderá ser um bom indicador da consistência democrática do regime político de um país, pela forma como cristaliza na sua forma mais pura e que é sem dúvida o seu ordenamento jurídico. Pensamos que uma tal análise nos propiciará indicadores que poderão mostrar se a independência dos juizes está ou não assegurada.

Sempre que a liberdade dos juizes está ameaçada, diz Perelman, os juizes colocam-se tanto quanto possível, ao abrigo da interpretação literal dos textos. Ao invés, sempre que a independência dos juizes está assegurada, eles exercem a sua função com mais liberdade e com mais poder. Neste sentido, o nosso trabalho procurará, no limite, responder a esta questão que é a de saber se a motivação, no universo dos acórdãos em análise, se acha predominantemente ao *corpus* da Legislação e se, nesse caso, será legítimo atribuir a esse facto o sentido de uma limitação de ordem estrutural, aferível na incapacidade de exercício da racionalidade argumentativa por parte dos juizes do Supremo Tribunal de Justiça, se decorrerá eventualmente de um défice de democracia, ou, enfim de outras quaisquer circunstâncias.

Notas Bibliográficas

- (1) - Pela confinação precisa desta temática, destacamos o excelente estudo do professor Philippe Godding, “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18^e siècle”, *La motivation des*

décisions de Justice, cit., pp. 37-67, objecto da comunicação ao C.N.R.L., a 29 de Abril de 1974.

- (2) - cf. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., p. 176.
- (3) - Castro Mendes, *Lições de Direito Comparado*, p. 260 e passim.
- (4) - Stenberg, na sua *Introdução à Ciência do Direito* (edição castelhana cit., p. 85-86), dá-nos conta de que na Alemanha, não obstante uma acentuada atomização característica dos Direitos senhoriais (*Hofrecht*) e de vassalagem, se caminhou, na baixa Idade Média, para uma relativa uniformidade nos Direitos provincial e municipal, mercê da influência do Direito feudal lombardo na legislação que se foi produzindo. A sua influência far-se-ia sentir na doutrina italiana nascente que, por sua vez, fará uma lenta compilação privada das leis feudais de Conrado II, de Lotario de Supplinburg e de Frederico I, para, já no século XII, obter uma codificação do Direito feudal conhecido nos *Libri feudorum* que serão logo após introduzidos na Alemanha juntamente com o Direito Romano. É já no século XIII que surgirá na Alemanha o mais célebre tratado de Direito feudal, o *Sachsenspiegel*, composto por Eike von Repgow entre 1215 e 1235.
- (5) - cf. Menezes Cordeiro, op. cit. pp. 179-191)
- (6) - H. Borges, "Teoria da argumentação e motivação judiciária", *Revista Polícia e Justiça*, I.N.P.C.C., II Série, n.º 5 (63-107), p. 82.
- (7) - ut. trad. francesa *L'Espace Public - Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Paris, 1978.
- (8) - Estudo publicado em *Motivation des Décisions de Justice* (Études publiés par Ch. Perelman et P. Foriers), pp. 37-67.
- (9) - A. Castanheira Neves, "Fontes do Direito - Contributo para a revisão do seu problema", *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 170.
- (10) - Em "Ontologie juridique et sources du droit" [publicado pela primeira vez nos *Archives de philosophie du droit*, t. 27, Sirey, 1982, pp. 23-31 e agora em *Éthique et Droit*, Éditions de L'Université de Bruxelles, 1990, p. 523-535], Perelman usa a noção de "ontologia jurídica" para qualificar

uma restrita perspectiva que concebe as “fontes do direito” como o que determina a autoridade do direito em questão a partir da sua natureza.

- (11) - A. Castanheira Neves, Op. cit. , p. 182.
- (12) - A. Castanheira Neves, Op. cit., p. 183.
- (13) - Parret, Herman, “A Inquirição caritativa da verdade-valor”, *Cadernos de Filosofia*, F.C.S.H., U.N.L., Edições Colibri / Instituto de Filosofia da Linguagem, Lisboa, 1997, pp. 7 - 31
- (14) - Bentham, Jeremy, “An Introductory view of the Rationale of Evidence” in *The Works of Jeremy Bentham*, p. 357, ed. cit. pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 680/98, Diário da República II série de 5/3/1999.
- (15) - A. Castanheira Neves, Op. cit., p. 169.
- (16) - A. Castanheira Neves, Idem, p. 170.
- (17) - A. Castanheira Neves, op. cit., p. 171.
- (18) - cf. A. Castanheira Neves, op. cit., p. 261.
- (19) - Trata-se de uma expressão metafórica utilizada pela primeira vez por Cícero na sua obra *De Legibus*, num contexto em que o autor confere à “lei da natureza” e à “natureza do homem” a condição de serem “fontes das leis e do direito”, num manifesto de intenções que, na opinião de Castanheira Neves, terão continuação nas doutrinas jusnaturalistas, cf. supra, p. 174.
- (20) - Castro Mendes, *Lições de Direito Comparado*, p. 260.
- (21) - A. Castanheira Neves, op. cit., pp. 246-247
- (22) - Kant, *Crítica da Faculdade do Juízo*, cit., p. 196.
- (23) -A. Arendt, *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, Lição 12ª, Ed. Relume Dumará, Rio de Janeiro, 1993, p. 90.
- (24) - Kant, op. cit., p.195.
- (25) - A. Castanheira Neves, pp. 180 -181
- (26) - R. Legros, “Considérations sur les motifs”, *La Motivation des Décisions de Justice*, Etudes publiés par C. Perelman et P. Foriers, Établissements Émile Bruylant, Bruxelas, 1978.
- (27) - A. Castanheira Neves, “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, cit., pp. 332-333.
- (28) - “Racionalidade axiológica” e “racionalidade finalística são termos da dicotomia proposta de Max Weber para designar duas modalidades

distintas de “racionalidade prática”, cf. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 37

- (29) - Retomando a distinção entre “racionalidade estratégica” e “racionalidade discursiva” proposta por J. M. Romero Moreno, na sua obra *El sistema jurídico como sistema estratégico*, a que faz acoplar o “princípio de optimização” de B. Schlink, A. Castanheira Neves define “racionalidade estratégia” como “*justificação da escolha entre diversas possíveis acções por certos critérios ou regras determinadas por um “princípio de optimização” na realização de um certo objectivo*” - cf. A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica - problemas fundamentais*, cit., p. 39.
- (30) - cf. acórdão referido no doc. 31.
- (31) - cf. acórdão referido no doc. 17.
- (32) - cf. acórdão referido no doc. 18.
- (33) - cf. acórdão referido no doc. 6.
- (34) - cf. acórdão referido no doc. 22.
- (35) - Estudo publicado em *Motivation des décisions de justice*, cit., pp. 111-135, surgido pela primeira vez como comunicação ao C.N.R.L. em 11 de Janeiro de 1975.
- (36) - M. T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, *Revue de Droit Public*, 1955, p. 48, cf. Chaim Perelman, “La motivation des décisions de Justice, essai de synthèse”, *La Motivation des décisions de Justice*, cit., p.415
- (37) - cf. Chaim Perelman, “La motivation des décisions de justice”, exposição feita a 12 de Maio de 1977 no CNRL, publicado e, *La motivation des décisions de justice*, cit., pp. 415-426 e em *Éthique et Droit*, cit., p. 668.
- (38) - Marques Ferreira, “Meios de Prova”, *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1992, pp. 229-230.
- (39) - “Parecer da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sobre o artigo 653.^o do projecto, em 1.^a revisão ministerial, de alteração do Código de Processo Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXVII, Coimbra, 1961, p. 184.
- (40) - Marques Ferreira, op. cit., p. 230
- (41) - C. Perelman, *Éthique et droit*, p. 670.

- (42) - Laborinho Lúcio, "Subjectividade e motivação no novo processo penal português, R.P.C.C., p. 207.
- (43) - Laborinho Lúcio, op. cit., p. 208
- (44) - cf. Laborinho Lúcio, "Subjectividade e motivação no novo processo penal português", RPCC, Lisboa, 1991.
- (45) - C. Perelman, *Éthique et Droit*, p. 676.
- (46) - Marques Ferreira, op. cit., pp. 229 - 230 e Maia Gonçalves, Código de Processo Penal, 10.^a Edição, p. 665.

II - Discursividade técnica e motivação

2.1. - Da natureza técnica da motivação judiciária

O ponto de partida da nossa análise é o objecto empírico constituído pelos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça relativos a crimes contra a vida e, por via disso, a nossa análise não pode confinar-se ao locutório jurídico expresso na motivação dos acórdãos daquele alto tribunal. Não constitui horizonte das nossas preocupações fazer aqui uma exegese dos conceitos jurídicos ali contidos mas, para lá do locutório jurídico, propomo-nos tentar captar realidades, factos ou fenómenos, como nos propõe Paul Amselek (1) que façamos sob os auspícios de uma “fenomenologia linguística”.

Se do ponto de vista sintáctico o texto de cada acórdão é uma construção do magistrado relator, que por esse facto lhe empresta, sob esse ponto de vista, uma identidade e um estilo próprios, em termos semânticos o texto do acórdão é essencialmente um texto colectivo, onde se faz a cooptação de uma diversidade material dos enunciados e uma diversidade substancial de pontos de vista, não obstante um só destes pontos de vista fazer vencimento. Sob a designação de “discursividade técnica” não colocamos aqui a tecnicidade associada aos dispositivos mais ou menos eloquentes da forma de expressão escrita e que se nos manifestam no locutório judiciário. Interessam-nos sim a discursividade que é *técnica* no pleno sentido antropológico-instrumental, enquanto instrumento que realiza a mediação entre o direito e as práticas sociais com relevância jurídica, através da performatividade das normas. Discursividade que é técnica também quanto ao estatuto epistemológico, no sentido aristotélico, de uma procura reflexiva de soluções jurídicas, cada vez mais alicerçadas nos contributos das ciências positivas e humanas, mas sempre em vista de uma melhor adequação do direito à vida.

Neste capítulo propomo-nos caracterizar a natureza e função dos *meios* que realizam os fins específicos da motivação judiciária. Falamos de *meios* quando, referindo-nos às operações lógicas de interpretação, às categorias argumentativas, ou mesmo ao funcionamento operativo da linguagem neste contexto específico da motivação judiciária, pretendemos sublinhar a sua

gênese antropológico-instrumental, propriamente técnica, como *instrumentum*, no sentido proposto por Martin Heidegger (2), em vista da realização dos fins programáticos enunciados no artigo 374.º do Código de Processo Penal sobre a motivação judiciária.

2. 2. - Illocutório jurídico e motivação

Tendo em conta a diversidade material de que falámos, distinguimos, no texto dos acórdãos do S. T. J. relativos a crimes contra a vida, três tipos de enunciados: os enunciados jurídicos, os enunciados empíricos e os argumentativos. Sob a designação de enunciados empíricos seja-nos permitido designar igualmente os que convergem para o estabelecimento de nexos de causalidade e relevam da prova testemunhal, do contributo pericial e das ciências médicas e humanas.

Paul Amselek define um enunciado como um acto humano e social concretizado num contexto histórico intersubjectivo, o que consequencia, segundo ele, necessariamente, a emergência de elementos intencionais através dos quais o locutor quis, naquele preciso contexto, dar às suas palavras uma função convencional própria (3).

Desde tempos muito remotos da história do direito, eventualmente com o fim das almotacarias e da incipiente adopção da escrita como sua forma de ser natural, com a ascensão das concepções jurídicas do direito culto e do direito canónico e muito particularmente a partir da modernidade, com a erupção do positivismo jurídico, os magistrados aplicadores da lei sempre tiveram necessidade de fazer uso de dispositivos logo-técnicos de interpretação jurídica, mesmo na vigência do pensamento jurídico da *Escola da Exegese* onde o seu papel se confinava a ser “la bouche qui dit la loi”. Era suposto, então, que o direito constituía um sistema completo e coerente onde todas as situações de facto tinham solução. O esforço interpretativo cingia-se a uma exegese dos normativos que, em conjugação com a imperatividade de produzir uma decisão no quadro restrito do direito em vigor, conduzia paradoxalmente a um decisionismo arbitrário.

Mesmo então, era frequente o uso do *argumento genético* ou da *vontade do legislador* e, naturalmente mais tarde, o *argumento psicológico* ou da *vontade do legislador expressa nas actas dos trabalhos preparatórios*, designações que encontramos em Perelman. A inquirição da vontade do legislador, sob qualquer forma, representa do nosso ponto de vista o reconhecimento da existência operativa dos sobreditos “elementos intencionais” que dão expressão ao *ilocutório jurídico*. Só que, como veremos, é depauperante um processo interpretativo que se confine à inquirição da vontade do legislador e em termos gerais ao *precedente*. É o que nos mostra Dworkin cujo conceito de interpretação ganha um estatuto e função que lhe permitem ligar o passado com o futuro, a inquirição retrospectiva com o horizonte prospectivo de realização do direito.

Nos sessenta acórdãos por nós analisados, como bem o ilustra o mapa anexo, os argumentos *genético* e *psicológico* são dispositivos actuais mas complementares de um considerável esforço de inovação e prospecção. À interpretação e, decorrentemente à motivação, não bastam de facto nem a exegese da norma nem a estrita conformação com a vontade do legislador. Na interpretação das regras jurídicas e tendo em vista da sua aplicação o juiz desempenha não um papel de simples reprodutor do direito, mas de criador de novos horizontes normativos.

A questão pertinente é a do delicado equilíbrio que se precisa entre esta função criadora e um poder discricionário sem limites que não se deseja para os juizes. A matriz proposta por Dworkin através do modelo de coerência narrativa constitui, como veremos adiante, uma boa referência em termos do equilíbrio que se procura. Preocupação igualmente presente em Robert Legros para quem importa acabar com a ficção do juiz-simples-intérprete, ignorando a dimensão de criadora do seu trabalho presente na extensa paleta de motivos com que pictoriza, isto é, motiva a sua decisão. O juiz, lembra Robert Legros, faz de facto obra de criador conquanto se não julgue obrigado a precisar as razões dos poderes que ele se dá neste domínio porque, “dans le système, il doit et désire apparaître comme simple *interprète*” (4).

Na área dos cultores de um positivismo jurídico estrito ou mitigado, de Hans Kelsen a Kalinowski, foram feitas várias tentativas para focalizar exclusivamente ao nível do locutório jurídico os elementos intencionais que

investem um enunciado de regra na sua função normativa de regra jurídica, isto é, “ce qui fait qu’un texte ou énoncé soit un énoncé de règle éthique, de règle de conduite, c’est-à-dire un énoncé de règle destinée à guider les adressataires dans leur conduite, et plus précisément encore que ce qui fait qu’il soit un énoncé de règle de conduite *juridique*” (5).

Amselek considera que o equívoco gerador dos *impasses ontológicos clássicos* reside essencialmente em supor-se que os elementos ilocutórios fazem parte integrante do conteúdo do enunciado.

Os mais *clássicos*, como Kelsen, entenderam dever encontrar o elemento caracterizador da normatividade de uma certa disposição jurídica na sua própria estrutura gramatical, particularmente na forma imperativa do verbo que deveria acompanhar a sua formulação; outros, como Georges Kalinowski, que desenvolveu importantes investigações no domínio da lógica deôntica, entendem que o enunciado da regra deverá integrar funtores normativos ou deônticos, tais como “é necessário que”, “deve-se”, “é interdito”, “é permitido”, entre outros, para aceder à condição de regra de conduta, uma vez que, como sustenta Kalinowski, tais funtores deônticos são em si mesmos “créateurs de normes, manifestant le caractère normatif (deôntique) du langage des lois” (6).

Kalinowski não deixa no entanto de considerar que certas disposições jurídicas, não obstante apresentarem uma estrutura de “enunciados teóricos” são, apesar de tudo, “disposições normativas”. Só que, em tais casos, se deverá dizer que o legislador utilizou uma sintaxe inapropriada.

Outros “lógicos” desta área, como Raymond Coulon e Jean-Louis Gardies (7), recusam-se a admitir qualquer valor normativo a enunciados a que o legislador não tenha atribuído os respectivos funtores deônticos.

São ainda vocacionadas a impasse as tentativas de filósofos do direito que persistem em procurar os elementos constitutivos da própria juridicidade ao nível do locutório jurídico. A perspectiva dominante, no domínio dos que assim pensam, supõe que o que distingue uma norma jurídica de uma regra moral ou de uma regra religiosa é o facto de a regra jurídica conter, como parte de si mesma, um elemento característico da juridicidade. Esta tese apresenta a fragilidade que decorre da existência de uma multiplicidade de propostas para definir a natureza deste elemento distintivo da juridicidade.

Autores há que procuram o elemento de juridicidade de um texto na sua matéria ou conteúdo, encontrando-o uns na previsão taxativa de actos de constrangimento, a título de sanção ou de obrigações; outros, na circunstância de o conteúdo das normas jurídicas ser relativo ao foro externo do comportamento humano, enquanto o das normas morais e religiosas dizer essencialmente respeito ao foro interno de cada um.

Outros, porém, procuram a juridicidade de um texto numa forma particular de articulação formal do seu conteúdo. Neste sentido as disposições jurídicas que apresentariam uma estrutura condicional do tipo “se ... então ...”, distinguir-se-iam pelo facto de articularem imperativos hipotéticos, enquanto as normas morais e religiosas formulariam imperativos categóricos.

Para outros, por fim, o elemento característico da juridicidade estaria na estrutura dualista do conteúdo dos enunciados jurídicos na medida em que põem em correlação pares complementares de direitos e obrigações. Ao invés, os enunciados morais teriam uma estrutura monista, na medida em que articulam apenas obrigações.

Concordamos com Paul Amselek que o critério para determinar a juridicidade de enunciado não pode ser o da sua mera conformação com ou um modelo *a priori* de enunciado jurídico. O mesmo acontece com enunciados que contendo embora “pretensos atributos de juridicidade” não podem ser considerados enunciados de direito, como bem o ilustra a ordem que um pai dá ao filho: “se não comeres a sopa não te deixo ver televisão”.

Em face deste conjunto de razões, Paul Amselek conclui que a juridicidade e a normatividade não se situam no plano do locutório jurídico (8).

Esta circunstância não impede contudo que se possa reconhecer a natureza jurídica de um enunciado ao nível do locutório. Mas, mesmo quando assim é, a natureza jurídica de um enunciado não é reconhecível ao nível da enunciação do “dispositivo”, isto é, no lugar do dizer jurídico propriamente dito, mas sim na outra esfera do locutório, ao nível das “indicações metajurídicas” onde o aplicador do direito expõe o que está em vias de fazer, a natureza do seu acto de palavra e as condições nas quais do seu agir (9). A natureza jurídica mais se justifica do que se demonstra, o que, de alguma forma reforça uma vez mais a natureza justificativa do paradigma de fundamentação dos

actos jurídicos na sua contenda rediviva com a demonstração - paradigma de fundamentação em lógica.

A resposta à questão sobre as condições de identificabilidade das normas e dos enunciados jurídicos esbarra ainda no reconhecimento de que os enunciados das regras jurídicas não são em si mesmos realidades completas e autónomas relativamente aos actos de fala humanos em geral. Robert Alexy, na sua “Teoria da Argumentação Jurídica” reenvia-nos para uma filiação do discurso jurídico no discurso prático em geral e suas regras de funcionamento.

Amselek, pelo seu lado, lembra-nos que os enunciados de regras jurídicas, como dizeres que são, devem ser inseridos antes de mais na dupla contextualização dos *actos de linguagem* e dos *elementos intencionais* que, conjuntamente, nos ajudarão a definir qual o tipo de *acto social* que este locutor-editor-do-direito quis cumprir ao enunciar tais regras, qual a função específica que ele pretendeu com tal acto exercer e, por fim, em que registo instrumental ele se colocou.

Na impossibilidade de poder localizar a normatividade e a juridicidade das regras jurídicas numa relação de imanência com locutório jurídico, Amselek, reenvia-nos para a dimensão ilocutória do discurso jurídico onde normatividade e juridicidade se manifestam como “fonctions illocutoires correspondant aux intentions transcendentes du locuteur, aux finalités qu’il a imparties à son dire” (10).

Só um estudo aprofundado destas intenções, bem como das condições socio-históricas em que foram produzidas, nos permite compreender a natureza daquilo que faz com que um enunciado seja uma norma, isto é, uma regra destinada a enquadrar condutas humanas e simultaneamente uma regra jurídica.

2. 3. - Interpretação e argumentação numa estrutura de debate

Cabe à interpretação jurídica a tarefa de promover a reflexão do direito sobre si próprio, pondo num plano de visibilidade o carácter transcendental do

direito. Fá-lo no cumprimento de uma exigência lógica de ligar o direito a um direito que o precede e no qual se funda (11).

Na história do direito, esta necessidade transcendental foi sendo suprida pelo recurso a noções como a de Direito Natural, Contrato Social ou Norma Fundamental hoje em desuso. Ewald faz-nos notar que na ausência deste elemento reflexivo o direito se desvanece num puro exercício da legalidade, do poder ou da coerção.

François Ewald introduz uma distinção entre “juízo jurídico” e “regra de juízo”. O “juízo jurídico” denota o tipo de racionalidade que articula, distribui e define a competência recíproca das práticas jurídicas da Legislação, Doutrina e Jurisprudência, numa palavra, define a economia da “jurisdição” que lhes é própria. Ao invés, a “regra do juízo”, ou reflexividade do direito sobre si próprio, é uma espécie de ideal necessário ou o que dá valor normativo às normas do direito positivo. A norma “não é, pois o artigo do código, o texto da lei; não é sequer o sentido deles, mas algo que depende e reenvia a essa instância normativa que é o direito do direito” (12) e que é produzido pela instância de interpretação.

Nos termos do art. 374 do Código de Processo Penal, a motivação legal é definida como a enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma reposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação das provas que servirem para formar a convicção do tribunal (13).

A ordem por que vêm enunciados os fins da motivação neste normativo, determina desde logo uma estrutura discursiva de fundamentação que lhe é conforme. De referir, em primeiro lugar, uma estrutura de debate, mesmo tratando-se de fundamentação escrita, um pouco numa semelhança de relação com a estrutura dos diálogos platónicos, mas seguramente mais conforme com o modelo de argumento extenso proposta por Stephen Toulmin.

Em cada um dos sessenta acórdãos analisados são identificáveis, de facto, um *field dependent* e um *field invariant*. O primeiro, que entendemos ver emergir particularmente na contextualização única, gerada pela singularidade irrepetível dos eventos, e na marca inapreensível de um dolo específico. O segundo, *field invariant*, é configurado pela necessidade de fazer reportar a natureza movente dos eventos à positividade das normas, através da criação

ficcionada e abstracta dos elementos do tipo, como forma de submeter os actos humanos, com relevância jurídica, ao direito.

No campo da invariância, poder-se-ão situar quer a estrutura da motivação enquanto modelo formal de argumento ou debate, quer as categorias argumentativas ou *provas técnicas*, como bem as designa Aristóteles. No seu aparato essencial, há uma homologia de estrutura entre a forma da motivação e o modelo de argumento extenso em Toulmin. Assim, temos :

C - A decisão (*Claim*) proferida pelo Tribunal recorrido: "vem o X acusado da prática do crime de homicídio qualificado...pelo que foi condenado na pena..."

D - Enumeração exaustiva dos factos dados como provados (*Data*) e que sustentam a decisão recorrida - domínio insindicável, por via de regra, no âmbito das competências do Supremo Tribunal de Justiça.

W - Fundamentos da decisão recorrida (*Warrant*), isto é, a enumeração das regras da lógica inferencial jurídica que consentem a derivação, que designamos pelo dispositivo. A aplicação desta regra de derivação deixa-se exprimir pela implicação lógica $D \rightarrow C$, dir-se-á particularmente que é legítimo de D obter C.

R - Argumentos do(s) recorrente(s) (*Rebuttal*), onde se indicam as razões que sustentam quer um outro enquadramento jurídico-criminal, quer a alteração da medida da pena, sustentando contraditoriamente e na lógica dos interesses do recorrente, ora a importância das condições atenuantes ora agravantes, consoante se trate de recurso da defesa ou acusação.

B - Reforço (*Backing*) argumentativo sustenta a recta aplicação da regra de derivação aplicada na decisão recorrida. Este reforço pode ser enunciado à partida quer pelo tribunal recorrido quer pelo acusador público. Em último caso este reforço poderá ser feito pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que a decisão recorrida não mereça sob algum aspecto qualquer reparo.

Q - Modelização da decisão recorrida (*Qualifier*), que assume simultaneamente contornos de acto jurídico de verificação e de mandamento, no sentido em que afirma através sua força performativa e ilocutória a verdade judiciária e a sua natureza vinculativa das acções humanas juridicamente relevantes. Esta dupla incidência da motivação tem em vista a boa aplicação

do direito, manifesta numa harmónica coexistência de natureza essencial entre o direito e a vida e traduzível no aforismo latino que define o direito como *ars aequi et bonni*.

No que concerne aos fins, sem que se atenda por ora aos fins específicos dos acórdãos e assentos do S.T.J., a motivação judiciária *latu sensu* tem em vista constituir-se como garantia contra o arbitrário em matéria de decisão, atenuar a influência de pontos de vista pessoais, respeitar o direito de defesa, submeter o próprio raciocínio a um controlo obrigatório, criar condições para uma meditação sobre a decisão, dar indicações precisas que favoreçam a elaboração dos recursos e, finalmente, que permitam o controlo eficaz pelo tribunal de cassação.

Quando, como é o caso, se trata de matéria penal, a motivação realiza ainda o controlo e aplicação últimos de penas e medidas de segurança, dáde de providências “destinadas a satisfazer por inteiro os fins a que aspira o direito criminal: reprimir a violação dos bens jurídicos reconhecidos pelo direito, castigando os culpados com a finalidade última de os ressocializar e de por em acção os meios adequados a prevenir o fenómeno criminoso para dele proteger a sociedade” (14).

O julgamento produzido por aquele alto tribunal, cujo pleno de conselheiros constitui, de facto, *última instância*, põe fim à incerteza quanto ao direito a aplicar e à interpretação que deve prevalecer quando se trata de dirimir conflitos de igual natureza, em nome da coerência do direito e da segurança jurídica. No âmbito das competências que legalmente lhe estão cometidas, não cabe apreciar e decidir sobre os factos estabelecidos na instância recorrida, domínio, por princípio, insindicável por este alto Tribunal.

A motivação produzida pelo S. T. J. explicita, por isso e antes de mais, um teor lógico, presente na uniformização do sentido das interpretações do direito, na performatividade que exerce sobre o discurso jurídico, estabelecendo a univocidade sobre a diversidade de interpretações, dirimindo incompatibilidades em matéria de direito e curando de prevenir o seu surgimento, clarificando e estabelecendo o sentido dos normativos potenciadores de interpretação divergente.

Mas, como muito bem lembra Ricoeur, o julgamento não tem somente um teor lógico enquanto acto de discurso mas um teor moral, na medida em

que a finalidade última do acto de julgar consiste na sua contribuição para a paz cívica e, por isso, excede a finalidade curta do acto que põe fim à incerteza (15).

Há como que uma performatividade teórica, interna ao próprio discurso jurídico, que se exerce através do teor lógico da motivação produzida e uma performatividade prática, normativa e de alcance social.

De alguma forma estes dois níveis de performatividade são o resultado do trabalho conjugado da interpretação e da argumentação e deixam-se exprimir, pelos conceitos de “justificação interna” e “justificação externa”, propostos por Robert Alexy. Isso mesmo nos faz notar Ricoeur que, reportando-se à conhecida visão maximalista de Alexy sobre o lugar e função da argumentação jurídica, refere: “O recurso da argumentação à interpretação parece-me impor-se desde o plano em que Alexy caracteriza como “justificação interna”, para o opor à “justificação externa”. A justificação interna respeita a coerência lógica entre premissas e conclusão; ela caracteriza portanto a argumentação como inferência” (16).

À interpretação jurídica cumpre obter da regra jurídica uma norma; à argumentação jurídica, a função de produzir as justificações necessárias à boa aplicação do direito e à sua aceitação como “ars aequi et bonni”, completando deste modo o movimento iniciado pela primeira.

Em todo o caso, a competência normativa e criadora da interpretação de par com a eficácia performativa das categorias argumentativas, porque exercidas de forma conjugada e complementar na motivação judiciária, são expressão de uma discursividade técnica que integra enunciados empíricos, jurídicos e argumentativos que operam numa mesma função de mediação técnica.

Os textos dos acórdãos constituem, assim, um espaço de laboração conjunta da hermenêutica jurídica e da teoria da argumentação: à primeira cabe a interpretação em matéria de facto e de direito; à segunda, recobrir e ordenar a diversidade de enunciados dando coerência e sentido ao conjunto e justificando a decisão.

Como nos propõe Ricoeur, trata-se de compreender que em situação de debate, como é o caso presente da motivação das decisões de justiça, o trabalho hermenêutico requer uma concepção dialéctica das relações entre

interpretar e argumentar, que o nosso autor estabelece por analogia com as relações entre compreender/explicar (17). Nessa relação constituem-se como dispositivos logo-técnicos que no discurso judiciário se recobrem, interpenetram e reciprocamente se determinam.

Mostrar esta íntima relação de imbricação, complementaridade e determinação recíproca entre a interpretação e a argumentação é o que nos propomos fazer de imediato. A natureza dialéctica das relações entre interpretar e argumentar manifesta-se particularmente em situação de debate. Mas, entendamo-nos, debate em sentido mais amplo, que não se limita aos momentos do debate instrutório e da audiência de julgamento, momentos que de alguma forma prefiguram a noção de debate em sentido estrito.

O texto da motivação contém não somente uma estrutura de debate, como bem no-lo mostrou Toulmin em momento anterior, como igualmente recobre diacronicamente todo o campo de debate confinado entre o limiar da incerteza que determina a abertura do processo e a produção de uma decisão judicial que lhe põe fim. E como estádio de debate que é, a motivação configura todo um campo onde se exerce uma actividade *phronética*, de sagesa prática, enquanto lugar por excelência de produção e aplicação de normas, expurgados que sejam da motivação os constrangimentos de uma aplicação mecânica da norma ou de uma pura discricionariedade.

A motivação é o lugar por excelência do exercício do *juízo reflexivo* de que se ocupa Kant na “Crítica da Faculdade de Julgar”, uma vez que, como nos sugere Paul Ricoeur, se acumulam no juízo reflexivo da terceira crítica os três traços distintivos das três disciplinas que intervêm na aplicação do direito: a probabilidade, a subsunção ou aplicação e a inovação. O nosso autor faz corresponder a cada uma delas, respectivamente, a *retórica*, enquanto lugar da verosimilhança e do provável, a *hermenêutica*, enquanto actividade que conjuga a compreensão com a aplicação e, por último a *poética*, enquanto actividade dirigida pela imaginação produtora, e que preside à invenção de soluções apropriadas às situações singulares (18).

A esta dimensão poética de produção e invenção de soluções normativas ajustadas às situações singulares fazemos corresponder o nosso conceito de interpretação. Ora, sendo a interpretação e argumentação, em certo sentido, dispositivos de produção de inferências que no seu termo

consequenciam uma conclusão entimemática, a questão da sua unidade/complementaridade tem simultaneamente pertinência do ponto de vista da coerência lógica e da fundamentação epistemológica do debate.

Neste sentido parece-nos desajustado e redutor desta espessura de sentido que atribuímos à função *interpretação* usá-lo para designar genericamente a *aplicação de uma norma jurídica*. Nesse sentido seria desnecessário falar do lugar natureza e função da argumentação na motivação judiciária, caso em que teríamos de considerar a motivação judiciária e o discurso jurídico em geral como discursos produzidos no quadro de um sistema fechado, a salvo do contágio inevitável com a racionalidade que preside ao discurso prático em geral. Esta consequência é tanto mais paradoxal quanto é certo que, em termos essenciais, o debate judiciário se define “como luta verbal subtraída à violência e, mais precisamente, como assalto de argumentos, pelo qual é sublinhado o aspecto agonístico bem conhecido do debate no recinto de uma “cour” de justiça” (19).

Pela nossa parte, pensamos que é particularmente fecundo e ajustado designar-se pelo termo *interpretação* uma função específica e restrita que melhor se ajuste à ideia de um livre jogo de criação e produção de normas em tudo análogo, em termos de natureza e função, ao livre jogo da imaginação criadora na produção do *juízo de gosto* na “Crítica da Faculdade de Julgar” em Kant. Para falar em termos toulminianos, o uso dos dispositivos lógico-formais de produção de inferências, servidos por uma teoria da argumentação, poderiam legitimar a inferência no desconhecido, uma vez que se expressa na forma de um raciocínio indutivo e, dessa forma, servir de garantia (*warrant*) da sua validade.

Assim, consumada a analogia com o juízo reflexionante estético, da *Crítica da Faculdade de Julgar*, caberia à interpretação operar sob a legalidade dos dispositivos lógico-formais de produção de inferências e segundo os critérios de racionalidade propostos pela teoria da argumentação, tal como a imaginação criadora que opera no juízo de gosto opera sob a livre legalidade do entendimento.

Em termos epistemológicos teria, sem equívocos, a legitimidade conferida por um critério não apodíctico, mas em todo o caso aceite pelo hipercrítico auditório judiciário universal, cabendo à teoria da argumentação

estabelecer este critério que valida em termos epistemológicos a racionalidade expressa no discurso jurídico e judiciário, particularmente quando este se solta das margens de um formalismo estreito de regras e de dispositivos inferenciais e opera criativa e indutivamente na produção de valorações jurídicas.

Ronald Dworkin, pelo seu lado, é partidário de um uso extensivo do termo “interpretação” que recobre todo o campo da aplicação do direito, como bem o ilustram o título de uma das suas obras: *Law as Interpretation*. Tal uso do termo permite-lhe dispensar o concurso da argumentação que bem útil lhe poderia ser na consecução do seu projecto de fuga à demonstrabilidade e à arbitrariedade do positivismo jurídico. Mais preocupado com o conteúdo ético-político do discurso judiciário e com a sua legitimidade democrática do que com a sua legitimação formal.

No entanto o mesmo autor dá-nos do termo interpretação uma espessura fina e única de sentido que nos permite estabelecer extensivamente e, portanto, já fora dos limites da sua própria concepção hermenêutica, uma conexão de natureza dialéctica entre a interpretação e a teoria da argumentação. Ao aproximar dialecticamente interpretação e argumentação fazemo-lo também à revelia, agora em sentido oposto, de autores como Robert Alexy e Atienza que entretecem concepções igualmente abrangentes e holistas da argumentação como único dispositivo logo-técnico de aplicação do direito, definindo um campo onde a interpretação não cabe.

A teoria da coerência narrativa de Dworkin é uma bela metáfora que permite criativamente ultrapassar os impasses de uma concepção positivista de aplicação do direito, através de um princípio hermenêutico de interpretação recíproca da parte e do todo e que funciona segundo um critério de conveniência, justeza ou ajustamento entre a interpretação requerida para dirimir casos particularmente difíceis (“hard cases”) e a interpretação jurídica no seu conjunto. À tríade de princípios que fundam a estratégia do positivismo jurídico em matéria de aplicação do direito, Dworkin vai contrapor outros tantos princípios que enformam uma visão inovadora do problema.

Em primeiro lugar, o recurso analógico à interpretação do texto literário permite a Dworkin situar o ponto de partida do trabalho hermenêutico dos textos legais no plano das conexões intertextuais, onde o sentido deve ser procurado, e, por esta via, enjeitar o concurso de uma suposta intenção do

legislador, “simétrico jurídico da intenção atribuída ao autor de um texto literário” (20). O sentido de uma regra jurídica não é para identificar com o que Dworkin designa como o seu “pedegree”, isto é, uma suposta intenção do legislador.

Em segundo lugar Dworkin põe em evidência aquilo que o positivismo negava, isto é, a equivocidade irredutível dos textos legais, tornando inevitável e pertinente a questão hermenêutica.

Em terceiro e último lugar denuncia a natureza paradoxal da posição do juiz no quadro da concepção positivista de aplicação do direito. Por um lado ele é apenas “la bouche que dit la loi” sempre que a lei não é omissa. Aí vigora o princípio *interpretatio cessat in claris*. Contudo perante as situações não previstas na lei o juiz é compelido a ser “bouche-trou”, fazendo uso de um amplo poder discricionário a coberto da ideia tutelar de *que há sempre uma resposta válida* no quadro do direito em vigor. Sem que possa recorrer a princípios de direito não escrito, inevitavelmente produzirá, neste quadro, uma sentença necessariamente arbitrária porque fora da lei, salvaguardado apenas pela capacidade de a sua decisão constituir precedente.

De facto a interpretação jurídica é por excelência um acto jurídico de criação e revelação de normas, através das quais se promove a adequação de regras abstractas aos casos particulares. A interpretação jurídica, com Dworkin, desempenha uma tarefa de prospecção de novos horizontes normativos devendo embora prender-se, por um fio de coerência, ao direito precedente, em nome da segurança e coerência jurídicas.

Neste domínio é importante colher o contributo de uma outra sensibilidade, já não da área da filosofia do direito, mas seguramente um jurisconsulto notável da ciência jurídica. Falamos de Emílio Betti e da sua obra “Interpretacion de la Ley y de los Actos Jurídicos” (21). Segundo este autor, a interpretação que interessa ao direito exerce-se sobre “formas representativas” que são *fonte de valoração jurídica* (como o são as normas jurídicas ou preceitos a elas subordinados) ou muito simplesmente são *objecto de valorações jurídicas* (como é o caso de declarações e comportamentos juridicamente relevantes, sempre que o seu conteúdo e carácter preceptivo e possam determinar uma ulterior linha de conduta). A interpretação comporta aqui um duplo exercício: o de *reconhecer e construir* o significado a atribuir aos

normativos e às condutas humanas, enquanto formas representativas. Deste modo interpretar não é apenas uma mera actividade teórica ou de representação, confinada a uma experiência contemplativa ou estética.

Segundo Emílio Betti a *interpretação em função normativa* alia a representação, enquanto reprodução por dentro de um pensamento discursivo ou intuitivo, à decisão que emite o critério da máxima da acção de um princípio directivo a que a própria decisão deve conformar-se. Neste sentido, o processo interpretativo, através do qual se obtém a máxima da acção, não tem pacto firmado com a recognição intransitiva de um pensamento fechado na sua peculiaridade histórica a que se substitua, mas desempenha um labor de “concorrente complementaridade” que se manifesta num “círculo de reciprocidade e de contínua correlação que intercorre entre o vigor da ordem jurídica, moral etc., de onde se deduz a máxima da acção e o processo interpretativo que se faz em sentido integrador e complementar” (22).

Através deste labor criativo e poético a interpretação judiciária mantém vivo e eficiente o sistema das normas, preceitos ou valorações normativas que regulam e orientam a vida em sociedade.

Em todo o caso só a teoria da argumentação, na medida em que justifica as escolhas feitas e as submete a um critério de validação racional instituinte do auditório universal, está em condições de fundar o fundamentar a forma de racionalidade intermédia que poderá operar entre a demonstrabilidade incauta e a arbitrariedade insana, termos que denotam, segundo Dworkin mas sem os qualificativos por nós propostos, a concepção positivista de aplicação da lei. A argumentação e a interpretação assim entendidas, na sua genuína função de mediação técnica, vêm enriquecer a discussão jurídica sobre o conceito de *interpretação em função normativa* que nos é proposto por Emilio Betti.

2. 4. - Racionalidade argumentativa na motivação judiciária

O uso da metáfora de uma enseada para onde confluem e se pacificam as dissensões geradas pelos interesses das partes em conflito, a turbulência

de todo o processo de produção e verificação empírica das provas, os constrangimentos lógico-formais de aproximação e de procura de uma evidência racional que torne consistente, do ponto de vista interno e externo, o processo de produção de inferências do discurso jurídico e judiciário, é o nosso próprio recurso argumentativo cuja eficácia procuramos obter na fecundidade criativa de sentidos novos e de uma melhor compreensão da natureza e função da motivação judiciária.

De facto, o procedimento judiciário da motivação, não sendo por excelência o lugar da produção da prova e da interpretação dos factos, confere ao elemento empírico, como se fora *arte final*, o brilho, visibilidade e evidência necessárias à sua subsunção pelo direito, onde um acto humano se transforma num facto jurídico, na medida em que a interpretação faz relevar nele os elementos do tipo que fazem o fazer interagir com o ordenamento jurídico; não sendo por excelência o lugar onde acontece o exercício do debate oral e contraditório, sistematiza, ordena e avalia os argumentos em matéria de facto e de direito, sopesando a força vinculativa, do ponto de vista racional, dos argumentos em confronto, em ordem a produzir uma decisão juridicamente consistente e socialmente justa, reiterando, mesmo na forma de expressão escrita em que se explicita, a sua estrutura intrínseca de debate.

A motivação judiciária depara-se-nos, assim, como um procedimento judiciário onde o direito estabelece uma relação dialéctica com o real e nessa relação se perfaz como cartografia simbólica e normativa desse mesmo real que ele apreende, regula e ajuda denodadamente a transformar, transformando-se. A legitimação epistemológica essa é-lhe conferida pelo paradigma de fundamentação em filosofia - a justificação.

A motivação judiciária produzida pelo Supremo Tribunal de Justiça é uma forma específica de motivação, uma vez que lhe compete, muito particularmente, apreciar em último e definitivo lugar, o mérito e demérito das pretensões das partes constituídas e a avaliar o modo como o tribunal recorrido aplicou o direito, se correcta ou incorrectamente. É por excelência lugar de fundamentação. Fundamentação das decisões concretas que produz e de refundação do direito como sistema tanto quanto possível completo, mas necessariamente coerente, de normas. Os artefactos de que se serve, para esse fim, são as *categorias argumentativas*, segundo designação proposta por

Perelman, ou *raciocínios dialécticos*, como Aristóteles propõe. Procuraremos mostrar de que forma a mediação técnica daqueles é condição de possibilidade da veridificação exercida no universo judiciário e, particularmente, na instância da decisão.

2. 4.1. - O *dactum* como premissa

Tomando como paradigma o modelo de argumento proposto por Stephen Toulmin, o *datum* ou, para sermos mais exactos, os *data* constituem a condição necessária da afirmação da tese, o mesmo é dizer, do acto jurídico de veridificação que, *grosso modo*, identificamos com a decisão. Sabemos, do modelo proposto por Toulmin, que a inferência assim enunciada só é possível pela mediação de uma regra de derivação ou justificação (*Warrant*). Mediação esta que se expressa na forma de uma regra que diz “é legítimo de D (factos provados) concluir C (obter esta tese ou decisão)”. A questão pertinente que aqui se levanta é, desde logo, a da validade ou fundamentação lógica da inferência, cabendo à *regra de derivação* determinar em que circunstâncias pode um determinado elemento empírico ou factual (*data*), consequenciar uma decisão em direito. De algum modo a regra de derivação proposta por Toulmin identifica-se com o que em termos jurídicos designamos por o *dispositivo* e que, na prática jurídica tradicional se exprime pelo *silogismo jurídico*. Sob uma ou outra formas, é a subsunção de um certo *quid* a uma norma que em ambos os casos está presente. Trata-se, afinal, de aplicar uma regra de derivação lógica, que só não o é em sentido pleno porque ela própria se interpõe entre duas escolhas valorativas, a montante, a da interpretação dos factos e jusante a da interpretação do direito.

Importa reconhecer, antes de mais, que a interpretação dos factos, porque comporta a emissão de juízos de valor e o uso de categorias argumentativas, é obra de uma racionalidade argumentativa de natureza justificatória. A interpretação dos factos deixa-se exprimir, predominantemente, pelo conjunto de argumentos que em Perelman designamos como *baseados na estrutura do real*, isto é, argumentos que exprimem a forma usual como nos

são dadas as opiniões acerca do real: relação de causalidade, argumento pragmático, probabilidade retrospectiva, coexistência entre a pessoa e os seus actos e coexistência entre a essência e suas manifestações.

Nos casos sob análise, em que se interpretam e avaliam condutas humanas juridicamente relevantes, uma vez que atentam contra a vida - valor proeminente de toda a axiologia jurídica e da vida em sociedade, as categorias argumentativas *baseadas estrutura do real* ganham especial eficácia, muito particularmente, a *relação de causalidade* e a *relação de coexistência entre a pessoa e os seus actos*, uma vez que lhes cumpre estabelecer, respectivamente, vínculos materiais e intelectuais com a conduta ilícita.

Pelo seu lado, os argumentos *pragmático* e de *coexistência entre a essência e suas manifestações* operam, fundamentalmente, como critérios de valoração de normas jurídicas e das condutas humanas juridicamente relevantes. No primeiro caso, segundo a bondade ou natureza nefasta das consequências que resultam da aplicação de uma dada interpretação da norma, ou de uma prática humana concreta; no segundo, atendendo-se antes de mais à coerência do direito, aferindo-se se as normas geradas por interpretação de actos legislativos ou de regulamentos se conformam, em termos essenciais, com a essência definida conceptualmente pela dogmática jurídica.

Poder-se-à dizer que a moralidade que se desprende do argumento pragmático é por excelência utilitária e incorpora um pouco o sentido que assume como boa uma regra jurídica cujos resultados atestam a sua utilidade e eficácia. Este princípio de utilidade está, de certo modo, presente na definição da natureza ética de uma conduta humana, segundo Toulmin: é ética a conduta que procura *evitar o sofrimento evitável*. Segundo os fundamentos do argumento pragmático é moral e ética a norma jurídica cujos resultados da sua aplicação atestam a sua utilidade e eficácia na realização dos fins do direito.

O acórdão do S.T.J. de 13 de Março de 1991 dá-nos do argumento pragmático uma excelente ilustração: *“o carácter infamante da pena de prisão e os seus malefícios, tratando-se de prisão por curtos períodos, desaconselham de todo a sua aplicação, que apenas se justificará como “ultima ratio”, sendo certo que as necessidades de prevenção geral se*

prosseguem com a condenação, e não necessariamente com a condenação em prisão efectiva - que aliás não se tem sequer revelado medida adequada a evitar a reiteração dos acidentes de viação". Nestes termos, o douto acórdão sustenta, muito pragmaticamente, que os maus resultados da aplicação da pena de prisão por períodos curtos (designadamente o carácter infamante, os malefícios e ineficácia) devem constituir índice de desvalorização da medida e integrar os critérios que devem decidir acerca da sua aplicação.

Pelo seu lado, a moralidade associada ao argumento de *coexistência entre a essência e suas manifestações* é a moral holista, de matriz positivista e integradora, que valoriza a conformação da parte com o todo, não pelo *topos* de uma relação de quantidade, mas pelo *topos* do que é essencial e qualitativamente único. Esta categoria argumentativa está, pelas sua natureza e função, intimamente associada ao princípio da subsunção, seja a das regras jurídicas aos princípios gerais, seja a das condutas humanas concretas aos elementos do tipo contidos na lei.

Os argumentos aduzidos pelo S. T. J. para fundamentar o assento que diz que *"as contravenções causais do crime de homicídio involuntário não podem ser objecto de punição autónoma"* ilustram bem a função retorico-jurídica do argumento que faz apelo à *relação de coexistência entre a essência e suas manifestações* (cfr. doc. n.º 66, menor 87 doc.). Sustenta o acórdão referido que a "inconsideração", manifesta na violação dos artigos 35º e 36º do Código da Estrada é a mesma "inconsideração" que integra a definição de homicídio culposo ou involuntário, prevista e punível pelo art. 368º do Código Penal de então, uma vez que a "inconsideração" do réu se filia, sobretudo, nas referidas contravenções ao Código da Estrada.

Naquele sentido o argumento confirma uma relação de coexistência entre a inconsideração essencial, tipificada no normativo que pune o homicídio culposo, e as suas manifestações concretas, visíveis nas contravenções que foram causa da morte de um ciclista. O mesmo argumento é reforçado, no texto do mesmo acórdão, nestes termos: *"considerada a infracção à luz do bem ou valor jurídico que a norma visa proteger, esse bem ou valor é, na hipótese, a defesa da vida humana ou da incolumidade publica, tanto no caso do art. 368º do Código Penal, como no dos mencionados preceitos do Código*

da Estrada". É manifesto, nesta outra versão, que o S.T.J. argumenta também pela *coexistência entre a essência e suas manifestações* quando incorpora na mesma categoria essencial de "elemento integrante do homicídio" o facto representativo da contravenção ou inobservância legal, não obstante se tratar de preceitos originariamente distintos.

Esta técnica argumentativa é prévia e constitutiva da fórmula final, quase-lógica, baseada em relações matemáticas, que estabelece, na forma de assento, a imperatividade da consumpção da contravenção pelo crime, isto é, da parte pelo todo. Efectivamente só um processo de análise da discursividade técnica legítima que autonomizemos formas argumentativas que efectivamente coexistem e cooperam entre si, não obstante verificarmos, como se depreende da ilustração antecedente e mais à frente se reforçará, que a *tese final* dos acórdãos se apresenta, por norma, na forma de argumento quase-lógico, de que as definições serão, porventura, a ilustração mais paradigmática.

Ao invés daqueles argumentos, a *relação de causalidade* e o argumento da *coexistência entre a pessoa e os seus actos* ligam-se intimamente ao processo de produção da prova. No primeiro caso, a *relação de causalidade* liga-se a um tipo de *causalidade eficiente* onde o que está em jogo é, em primeiro lugar, certificar que uma conduta humana concreta, nas suas vertentes motora e psicológica, foi causa da morte de alguém. Por isso, o paradigma de fundamentação deveria ser, tendencialmente, o da *verificação*, segundo o modelo de fundamentação das investigações nas ciências positivas, ganhando particular acuidade, neste labor, o contributo pericial. Trata-se aqui de verificar, em primeiro lugar, se os actos praticados deverão ser considerados adequados ou não para produzir aquele resultado específico.

No entanto, os factos que a motivação dá como provados muito raramente se impõem pela força constringente da sua evidência empiricamente verificável, não obstante se recorrer, cada vez mais persistentemente, à perícia técnica e médica e ao contributo alargado das ciências positivas e humanas para a produção da prova judiciária em matéria de homicídios.

A motivação produzida pelo Supremo Tribunal de Justiça, em sede de debate oral e contraditório, toma os factos estabelecidos no tribunal recorrido como objecto de um acordo universal incontroverso. Os factos são por esse

motivo matéria insindicável em face das atribuições e competências daquele alto tribunal.

Pensamos, aliás, que sempre que se trate de fundamentar pela causalidade, tomando como base quer as motivações psicológicas que levaram à prática do crime quer mesmo os exames médicos do foro psiquiátrico, a justificação é o paradigma de fundamentação ajustado, como o é, aliás, nas ciências humanas. E tal deverá acontecer mesmo que essa fundamentação seja alicerçada na prova médica e pericial, como acontece no estabelecimento da causalidade que se inscreve numa patologia psíquica, bem como em razões de causalidade psicológica produzidas em debate e aceites pelo tribunal como matéria de facto.

Devemos ter presente que às dificuldades técnicas, específicas do processo de verificação empírica, em matéria de comportamentos humanos, se juntam obstáculos legais e éticos que tutelam direitos de personalidade e que, conjuntamente, tomam mais espinhoso o processo de produção da prova neste domínio.

Importa reconhecer que a causalidade eficiente, que liga uma conduta humana à prática de um homicídio e que se exprime no discurso da motivação por uma racionalidade argumentativa que faz apelo à *Relação de Causalidade*, pode incorporar razões de natureza psicológica, sem que para tanto falemos ainda de *dolo* ou *culpa*. Neste pressuposto, a grave perturbação mental, ou mesmo a *maxima iracunda* (cfr. acórdão n.º 33), por exemplo, quando determinam a conduta do agente, estão para o resultado numa mesma relação de causalidade que o empunhar e disparar de uma arma de fogo. Ambas poderão ser, de facto, causas eficientes, eventualmente complementares, de um evento, não obstante serem intrinsecamente diferentes.

Foi prática muito frequente, num passado não muito distante, distinguir-se, em sede de debate judiciário, uma *argumentação pelos motivos* de uma *argumentação pela conduta* do agente. A argumentação de “motivos”, ao veicular as razões de natureza psicológica que teriam determinado a conduta do agente, era utilizada pelas partes como dispositivo de atenuação ou agravamento da culpa do agente, consoante o interesse fosse o de defesa ou de acusação.

Este campo não podia deixar de ser, por isso, elemento de fragilidade do domínio de produção da prova, aparecendo como mais vulnerável à comoção psicagógica dos juizes. Entendia-se que argumentar pela conduta do arguido era terreno mais consistente, mais próximo de um domínio de verificação e comprovação empíricas, uma vez que a prova acerca da conduta do agente podia ser sustentada pelos índices materiais deixados na cena do crime ou dela levados pelo agente, segundo a teoria das trocas de Locar, bem como por contributos da prova testemunhal e do próprio testemunho pessoal do agente ou da vítima sobrevivente. Em todo o caso, quer se trate de “motivos” psicológicos ou de “conduta” concreta, é por um processo de interpretação que envolve já, a um primeiro nível, decisão, que o tribunal recorrido estabelece sobre os factos um acordo universal e incontroverso que é prévio à sua subsunção pelo direito.

A argumentação pela *relação de causalidade* recobre o argumentar pelos “motivos” e pela “conduta” do agente. Os motivos e a conduta presumidos são sempre, em termos iniciais de produção de prova, “estados de coisas possíveis” que, pelos processos de produção da prova e sobretudo pela interpretação jurídica, cabe transformar em factos juridicamente relevantes, provados ou não. A este ponto se reconduz toda atribuição da produção da prova.

Deste modo só faz sentido dissociar a argumentação pelos motivos da argumentação que toma por base a conduta, supostamente mais manifesta que aqueles, apenas porque se tem em vista definir o grupo de referência que serve de critério ao estabelecimento do comportamento presumido do arguido e, assim, promover o correcto enquadramento jurídico da sua conduta. Em função do grupo de referência em que venha a situar-se o comportamento presumido do agente, o Tribunal decidirá se estamos perante um homicídio preterintencional, involuntário, privilegiado, simples ou qualificado, como seguidamente se ilustrará.

O acórdão de 13 de Janeiro de 1993 do Supremo Tribunal de Justiça apresenta-nos um caso onde se define com rigor o lugar e função da argumentação que procede pela invocação causalidade psicológica como atenuante. Por não concordar com a moldura penal do art. 131º do Código Penal e com a pena de 9 anos de prisão em que fora condenado, o arguido,

autor do crime de homicídio na pessoa de seu pai, recorreu para Supremo Tribunal de Justiça com a pretensão de que lhe fosse estabelecida a moldura penal do Art. 133º do C. P. (homicídio privilegiado), invocando como causalidade atenuante um quadro de motivos de matriz psicológica, de que destacamos os seguintes: que o pai era um déspota, cruel e desumano que criara, na sua família, um clima de hostilidade e de tensão permanente; não contribuía para as despesas domésticas e estudos dos filhos; nunca prodigalizara ao arguido a mais ínfima manifestação de carinho, batendo-lhe, injuriando-o e chegando a expulsá-lo de casa e a ameaçar de morte, com uma pistola, a mãe do arguido.

Sustenta ainda que fora num clima que se provou ser *de tensão irrespirável* que se formou no arguido a sua ideia de matar o pai como forma de salvar a dignidade familiar, como se fora uma “missão a cumprir” ou solução radical de “fazer justiça” e de “libertar a mãe do medo e do sofrimento que nela detectava”. Alega por fim que o circunstancialismo sumariamente aqui apontado fizera despertar no arguido (definido como homem sensível, de esmerada educação e ligado à mãe por intensos laços de afecto) *uma emoção violenta e um estado de justificado desespero*, razões que justificariam a moldura penal correspondente a “homicídio privilegiado”, nos termos do art. 133º do Código Penal.

Pelo seu lado, recorreu igualmente o Ministério Público sustentando que a conduta do arguido preenche não apenas os requisitos do tipo legal do crime de homicídio, previsto e punível pelo artigo 131º, onde se diz que “Quem matar outrem será punido com prisão de 8 a 16 anos”, como nela se manifestam os índices ou sintomas de especial censurabilidade e perversidade, contidos nas alíneas do n.º 2 do Artigo 132º do Código Penal, onde se define o crime de homicídio qualificado.

Na sua apreciação aos méritos de cada um dos referidos recursos, o Supremo Tribunal de Justiça dá razão, em parte, à pretensão do Ministério Público quando sustenta que a matéria de facto, dada como provada, revela a concretização das circunstâncias que revelam *especial censurabilidade e perversidade* do agente do referido nas alíneas a), f) e g) do n.º 2 do art. 132º: de facto, sendo filho, utilizou um meio insidioso ou traiçoeiro, esperando o pai de noite, dentro da garagem, disparando três tiros de revólver não deu assim

oportunidade defesa à vítima e, por fim, agiu *“frígido pacato que animo”*, isto é, com premeditação, firmeza, tenacidade e irrevogabilidade da decisão de tirar a vida ao pai, na permanente reflexão dos meios empregados, bem como no protelamento, por cerca de dois anos antes, da intenção de matar. Estaríamos, por isso, em presença da prática de um crime de homicídio qualificado.

No entanto, esclarece o douto acórdão do S.T.J., a prova da *especial censurabilidade ou perversidade* não pode resultar de uma aplicação automática do índices referidos, uma vez feita a prova da sua verificabilidade. Ter-se-à, antes, de indagar se não ocorreram circunstâncias com a capacidade bastante para contraprovar o efeitos dos indício apurados. Não se trata aqui de fazer intervir ponderações como, por exemplo, o bom comportamento anterior, o mérito pessoal ou cívico, ou sequer a confissão espontânea, o arrependimento ou mesmo a disposição de ressarcir os danos reparáveis. Trata-se, sim, de fazer intervir um *conjunto raro de circunstâncias especiais e extraordinárias* que contextuam a conduta do arguido, com viabilidade bastante para impugnar os índices ou exemplos-padrão propostos pelo legislador no n.º 2 do art. 132º do Código Penal e que ilustram a *especial censurabilidade*.

No caso em apreço o tribunal provou, com a ajuda de exame pericial, que o arguido, não revelando embora uma doença mental que dele fizesse uma pessoa inimputável, sugere alguns traços paranóides. Provado foi igualmente que a conduta da vítima, “que não soube ser marido nem pai”, constituiu, de facto, um desafio à desobediência do filho, acendendo nele o desejo de por um fim ao medo que sentia pela integridade física da mãe por quem tinha, como se diz no douto acórdão, “um estranho amor, considerando-a a mãe mais bonita, terna e carinhosa - a mãe deslumbrante”.

As circunstâncias descritas contextuam muito claramente a conduta do arguido num quadro muito problemático do ponto de vista psicológico e por isso desculpabilizante do ponto de vista da responsabilidade criminal. Tais razões não bastaram, no entanto, para diminuir substancialmente a sua culpa, como pretendia o arguido, integrando a sua conduta na moldura penal definida pelo art. 133º para o *homicídio privilegiado*. Para tanto, ter-se-ia de provar, como doutamente motiva aquele Alto Tribunal, *que o arguido, ao matar o pai, o fizesse dominado, ou por compreensível emoção violenta, desespero ou outro motivo de relevante valor social ou moral, e que diminuísse sensivelmente a*

sua culpa, como seria o caso de se sentir impelido, por exemplo, pelo sentimento de piedade para com o sofrimento da vítima em estado de saúde terminal, dando-lhe a morte. Por isso, não fez vencimento a pretensão do arguido de promover a inversão do campo de referência em que se encontrava colocada a sua conduta, nem a sua argumentação no sentido de que o ilícito fora cometido, segundo a sua consciência, por um motivo de relevante valor moral.

O Ministério Público, pelo seu lado, esgrime razões em torno do reforço e agravamento do campo de referência do arguido integrando a sua conduta na moldura penal do artigo 132º. Por razões que se prendem com o afastamento da especial censurabilidade, também não fez vencimento a pretensão do acusador público. O Tribunal decidiu, *a contrario* do que pretendiam as partes, confirmar na íntegra decisão do tribunal recorrido, subsumindo a conduta do arguido na moldura do artigo 131º do Código Penal.

Tenhamos presente que para a imputação de um crime a uma pessoa não basta argumentar pela Relação de Causalidade. Como se viu na ilustração antecedente, é decisivo provar, sobretudo, que existiu uma *relação de coexistência entre a pessoa e os seus actos*, isto é, que o agente actuou com dolo ou culpa, cuja de intensidade variável cabe ao tribunal provar. A simples *relação de causalidade* que liga o autor ao evento mortal, através de um nexo causal, não basta ao direito para qualificar capazmente as condutas humanas e, assim, exercer a função de punir. É-lhe necessário um nexo de outro tipo que lhe permita imputar uma conduta concreta a um autor a título de dolo ou culpa. O disposto no artigo 219º do Código Penal ilustra bem esta necessidade, uma vez que o legislador, em vista de *proteger bens jurídicos eminentemente pessoais*, neocriminaliza a *omissão de auxílio* ficcionalando uma culpa.

De facto, (cfr. Ac. n.º 21) o Supremo Tribunal de Justiça apreciou o recurso do Ministério Público, junto do Tribunal de Círculo de Portimão, onde se pedia que o arguido António Nobre, condenado como autor material do crime de ofensas corporais, agravado pelo resultado, isto é, pela morte que ele não desejara nem previra da vítima João Leitão, fosse ainda condenado pelo crime de omissão de auxílio.

Sumariamente era esta a matéria de facto dada como provada: a vítima e os arguidos eram colegas da construção civil e todos, com excepção do arguido António Nobre, partilhavam o mesmo domicílio. O António Nobre, ao pretender apenas acalmar a vítima João Leitão, que na altura agredia à bofetada um colega de trabalho de ambos, de nome José Luís, foi insultado pelo primeiro com o nome de “cabrão”. Em resposta ao insulto, o arguido Nobre pegou numa pá, pelo cabo, e desferiu uma pancada, de cima para baixo, na cabeça do João Leitão que ficou a sangrar, não obstante continuar de pé e a barafustar. O António Nobre, ajudado por um colega de nome José Peixoto, deitou a vítima na respectiva cama, não obstante continuar a sangrar, e retirou-se para sua casa. Pela manhã o José Peixoto e o José Luís, ao acordarem, aperceberam-se de que o João Leitão estava morto.

O Tribunal do Círculo de Portimão deu como provado que o Nobre não representara como possível, nem desejara, a morte do seu colega José Leitão. Condenou-o, por isso no crime de ofensas corporais, agravado pelo resultado. Os colegas de domicílio foram condenados, apenas, pelo crime de omissão de auxílio.

O recurso interposto pelo Ministério Público junto do S. T. J. tinha por fundamento a pretensão de que o arguido Nobre fosse igualmente condenado pelo crime de omissão de auxílio que lhe fora imputado, ou a entender-se o contrário, deveria agravar-se a pena correspondente ao crime de ofensas corporais agravadas pelo resultado.

O Supremo Tribunal de Justiça concluiu que *o agente não quis a morte do ofendido (ausência de dolo) que só provocou por negligência sua. Mas justamente por isso, e já que a morte lhe não é imputável dolosamente, sobre ele recaía o dever de auxílio, removendo o perigo que criou através de uma conduta anterior perigosa (a chamada “ingerência”).* Este Alto Tribunal entendeu esclarecer que *o dever de auxílio é equiparável à omissão impura à acção, previsto no art. 10º do Código Penal, uma vez que “repousa em exigências indeclináveis de solidarismo e funda-se, de um ponto de vista ontológico, consoante sublinha Figueiredo Dias, na compreensão do homem - do homem “socializado” - como um “ser com - os outros” e um “ser para - os outros” (23).*

Analizado o problema sob o ponto de vista da racionalidade argumentativa que aqui nos ocupa, é de reconhecer que existe uma *relação de causalidade* entre a conduta do António Nobre e a morte do João Leitão. Mas, se relativamente à morte do João Leitão o Supremo Tribunal de Justiça argumenta pela não coexistência entre a pessoa do arguido e os seus actos, por ausência de dolo directo ou necessário, já em matéria de *omissão de auxílio* estabelecerá o entendimento de que é imputável ao arguido, enquanto homem “socializado”, o incumprimento de regras mínimas de solidariedade. Por esta via restabelece o argumento da coexistência entre a pessoa e os seus actos, sob uma forma de dolo que nós designaríamos próxima do dolo eventual, sobre o qual sustenta a imputação ao arguido da prática de dois crimes ocorridos em concurso real, *uma vez que respeitam a violação de normas que tutelam bens jurídicos distintos, não havendo entre elas relações de especialidade ou de consumpção* (24).

O arguido praticou, assim, o crime de *homicídio preterintencional* previsto no artigo 145, n.º 1, 2ª parte e ainda o crime do artigo 219º, n.º 2, porque criou uma situação de perigo contra a vida do ofendido, sendo suposto aqui o argumento do legislador, na forma de uma *probabilidade retrospectiva*, de que o resultado final teria sido *vida* e não *morte*, se em tempo útil tivesse sido prestado à vítima o auxílio devido.

Tenhamos presente que em nenhuma das circunstâncias referidas se fala ainda de acto doloso, isto é, de um acto associado a uma representação prévia do seu resultado e ao desejo de o consumir. É pelo argumento de *coexistência entre a pessoa e os seus actos* que se liga a conduta humana ao elemento subjectivo de intencionalidade variável, o dolo ou culpa.

Parece manifesto que o *argumento de coexistência entre a pessoa e os seus actos* deveria implicar, necessária e cumulativamente, um nexó de natureza causal com o evento, dando como produzida a argumentação pela *relação de causalidade* quando se tratasse de estabelecer o dolo *pela relação de coexistência entre a pessoa e seus actos*. Tal acontece, de facto, com a autoria e co-autoria material do crime de homicídio, sempre que se pretende provar o dolo ou mera culpa e o mesmo se diga da prova da autoria moral pela prática do mesmo crime. Em ambas as circunstâncias o autor representa

mentalmente a morte como resultado e deseja consumá-lo em alguém, executando, para tanto, actos que tornam possível a sua concretização, sejam eles de execução ou de preparação.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1991 dá-nos conta de uma forma de responsabilidade distinta da autoria, co-autoria ou mesmo autoria moral estabelecendo o seu fundamento numa presunção de *culpa in vigilando*. Aquele Alto Tribunal confirma a sentença proferida pelo Tribunal Colectivo de Estremoz que condena o menor de 16 anos como autor de um crime de homicídio simples, na pessoa de um funcionário da CP de 52 anos de idade, e de um crime de furto, na pena única de sete anos e três meses de prisão, condenando solidariamente os pais do menor, *a contrario* do decidido pelo Tribunal de Estremoz que os ilibara, a com ele pagarem a indemnização devida à esposa e filhos da vítima, fazendo uso do instituto jurídico de presunção de *culpa in vigilando*.

De facto, o artigo 491º do Código Civil de 1967 consagra no nosso ordenamento jurídico o princípio da responsabilidade civil dos pais pelos actos ilícitos cometidos pelos seus filhos menores, estabelecendo nele uma presunção da sua “culpa in vigilando”. Uma tal presunção só pode ser afastada se os pais provarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou se justificarem que os danos ocasionados se teriam produzido ainda que tivessem cumprido o seu dever de diligência. Nos termos daquele normativo, os pais respondem, não já pela culpa dos filhos, mas pela própria culpa, já que os não disciplinaram convenientemente, de forma a evitar quaisquer actos lesivos dos direitos de terceiro. Ora, no caso presente, o Tribunal deu como provado que *“entre os actos em referência e falta de vigilância por parte dos seus progenitores, que não a ilidiram, como dos autos se constata, patente se apresenta um nexo de causalidade”*.

A racionalidade argumentativa aqui presente fundamenta a responsabilidade dos pais no argumento de coexistência entre as suas pessoas e o sua própria culpa - o incumprimento da presunção de culpa in vigilando consagrada no artigo 491 do Código Civil, não consequenciando, por isso, outro resultado que não o da responsabilidade solidária no pagamento da indemnização cível, juntamente com o filho. Outras seriam, e bem mais graves, as consequências se o nosso ordenamento jurídico consentisse estabelecer,

para casos como este, uma relação de coexistência entre a pessoa dos pais e a culpa dos filhos. De facto, em matéria de responsabilidade criminal só o filho, no seu agir, na representação que faz do resultado e no modo como o consuma, estabelece o vínculo definitivo e legitima, em termos penais, o argumento de coexistência entre a pessoa e os seus actos.

Em face das dificuldades etico-legais de submeter as determinantes psicológicas da conduta ilícita aos processos de verificação empírica, a motivação judiciária aceita, por norma, o veredicto de perícia médica como premissa verdadeira, isto é, como objecto de acordo prévio do debate judiciário. No entanto, e não obstante a presunção *juris tantum* que impende sobre o exame pericial, mesmo se alicerçada na unanimidade dos pareceres, o tribunal é livre de não aceitar como boa a verdade aí produzida e decidir a *contrario*. Ilustra bem o caso presente o acórdão de 23 de Maio de 1991 do Supremo Tribunal de Justiça que nega provimento ao recurso do arguido que pretendia ver alterada a moldura jurídico penal de *homicídio simples*, artigo 131.º do Código Penal, em que fora condenado, para a de *homicídio privilegiado*, artigo 133.º do mesmo código, sustentado no parecer unânime contido em três relatórios periciais autónomos. Neles se declarava que o arguido dera a morte ao seu sogro *agindo dominado por emoção violenta*.

O problema da prova anda de par com o problema da objectividade nas ciências e com o seu paradigma de fundamentação - a verificação. No entanto, é-nos dado constatar a extrema dificuldade que comporta tornar este paradigma de fundamentação extensivo a todo o campo de produção do elemento empírico da prova, sendo embora certo que para a produção do veredicto decisional a prova definitiva e que faz vencimento tem que ver com a produção final de uma íntima convicção na mente de cada juiz que integra o tribunal.

Daí que a prova judiciária não possa nunca proceder exclusivamente pela via da comprovação empírica, na justa medida em que esta via apenas se revela idónea para prestar garantia de uma facticidade comprovada e não já relativamente ao elemento intencional do agir humano. Essencialmente porque é tecnicamente mais difícil proceder, com a mesma eficácia de comprovação, quando se trata de responder apenas a uma parte da questão da causalidade eficiente, que incorpora acções humanas concretas, mas se liga igualmente a

outra parte da causalidade eficiente e que tem a ver com a componente psicológica que determina o agir humano.

O mesmo se diga quando se trata de avaliar o elemento da prova material, sempre que não se imponha pelo constrangimento de uma evidência empírica ou, em geral, dos elementos da prova pessoal e testemunhal. Podemos dizer que o paradigma de fundamentação tomado por empréstimo às ciências positivas é para o elemento empírico da prova o mesmo que a lógica formal é para a validade do raciocínio jurídico e judiciário - são horizontes que em um e outro dos casos se constituem como matrizes de referência e modelos de objectividade e de verdade a imitar.

É possível, por exemplo, verificar cientificamente e pericialmente a causa e a hora da morte. Não é tão certo que se responda, com a mesma exactidão, à questão de saber se à causalidade eficiente que liga um autor à sua vítima haverá ou não a possibilidade de acrescentar, provando, uma intenção *dolosa*, isto é, decidir se o autor representou, e com que consciência, o resultado da sua conduta, com que intensidade de vontade o desejou e se tinha ou não consciência da sua ilicitude. Num primeiro momento argumentar-se-á pela *relação de causalidade*, num segundo, se houve ou não *coexistência entre a pessoa e os seus actos*, caso em se intromete um elemento de apreciação subjectiva, a apreciação do dolo ou culpa do autor.

Tomemos como ilustração a circunstância, muito frequente aliás, de nos ser consentido afirmar de um dado estado de coisas que “*é de facto o caso*”, formulando, em conformidade, um enunciado empírico do género: “João matou o António com uma arma de caça”. Sobre este juízo de facto impende, de imediato, um novo questionamento heurístico em vista da sua possível qualificação como elemento do tipo que a premissa maior (artigo 131.º do Código Penal) enuncia. A este segundo quesito, de natureza heurística, corresponde já o argumento de *coexistência entre a pessoa e os seus actos*. De tão relevante se dirá que, relativamente a ele, os índices do artigo 132.º, relativos à “especial censurabilidade e perversidade”, nada acrescentam, de facto, em termos do que é qualitativamente essencial na definição do tipo, funcionando tão só como bússola que orienta o estabelecimento do grau da censura e a dosimetria penal.

Melhor se compreenderão os pressupostos do argumento de coexistência entre a pessoa e os seus actos em Direito Penal, se convocarmos o conceito de “boa fé” no Direito Civil (25) que, na acepção historico-concreta do nosso actual direito civil, se exprime na presunção de que a “vontade real” do agente corresponde a “vontade declarada” no contrato com outrem. Daí que a comprovada “má-fé” que se traduz na não coexistência entre a “vontade real” e a “vontade declarada” obtenha a qualificação de uma *culpa in contrahendo* e consequencie a correspondente indemnização cível.

No seu *Traité de L'Argumentation*, Perelman e Tyteca mostram-nos, com muita acuidade, de que forma os actos humanos praticados interagem com a imagem de pessoa. Tudo se passa em termos de ser a partir dos actos praticados que se constrói a imagem de pessoa e, reciprocamente, ser a partir da imagem construída pelos actos que, em termos sociais, se avaliam muitas vezes os actos dessa pessoa e se reforça ou se dilui a presunção da sua inocência. Dir-se-á, por exemplo, que uma pessoa habitualmente serena e cordial não pôde de modo algum ter protagonizado, no modo activo, uma descortesia grosseira para com alguém. A noção de “pessoa”, surge-nos assim como uma auto-construção da própria imagem e como tributo de um reconhecimento sócio-comunitário.

Os textos da motivação do Supremo Tribunal de Justiça, relativos à apreciação de recursos em matéria de ilícitos contra a vida, privilegiam, na sua estrutura de debate, a função operativa da *relação de causalidade* e do argumento de *coexistência entre a pessoa e os seus actos*. No entanto, porque os factos se dão ali, por norma, como previamente estabelecidos pelo tribunal recorrido, aqueles argumentos surgem como dispositivos logo-técnicos revisitados, na medida em que terão servido já ao tribunal recorrido para construir, sobre o limiar dos factos provados, a *imagem de pessoa* do seu autor. Isto se reforça se em conta tivermos que o elemento subjectivo ou da culpa (em sentido lato), que comporta a emissão de juízos de valor sobre a conduta de alguém, uma vez estabelecido pela prova, integra já por inteiro e pleno direito o debate como matéria de facto.

2. 4. 2. - Do *teor lógico* da motivação

Como referimos em 2.3 do presente capítulo, a motivação produzida pelo S. T. J. explicita de facto, antes de mais, um *teor lógico* presente na uniformização do sentido das interpretações do direito, na performatividade que exerce sobre o discurso jurídico, estabelecendo a univocidade sobre a diversidade de interpretações, dirimindo incompatibilidades em matéria de direito e curando de prevenir o seu surgimento, clarificando e estabelecendo o sentido dos normativos potenciadores de interpretação divergente.

No entanto o referido *teor lógico* que a motivação judiciária manifesta não tem a força vinculativa, o rigor e necessidade, característicos dos sistemas lógico-formais. O conjunto de operações que à motivação judiciária estão cometidas, que se equivalem à do “Qualifier” do modelo de argumento em Toulmin, indiciam, antes de mais, a sua clara inscrição na linhagem e tradição da lógica jurídica, isto é, de uma argumentação jurídico-judiciária, mesmo quando pelo seu *teor* adquira uma “força obrigatória geral” nos termos do artigo 2.º do Código Civil. Aliás, a natureza problemático-argumentativa dos “assentos” assim designados (ou de “força obrigatória geral”) vai reforçada já nos acórdãos n.º 810/93 e 396/94 do Tribunal Constitucional por se entender ali que o artigo 2.º do Código Civil viola o artigo 115º, n.º 5 da Constituição da República (26).

Enquanto exercício específico de aplicação da lógica jurídica, a motivação judiciária não poderá nunca estabelecer um domínio de apodicticidade no campo da aplicação do direito, nem mesmo se, ao nível do que designámos por *justificação interna*, se ocupa de estabelecer a coerência entre premissas e conclusão.

Mas, como no-lo faz notar Perelman em *Logique Juridique - Nouvelle Rhétorique*, é significativo o esforço dos juristas, em toda a história do direito, no sentido de conciliar as técnicas do raciocínio jurídico, se não com a justiça, pelo menos com a aceitabilidade social das decisões. E essa preocupação mostra quão insuficiente é, por si só, o concurso do raciocínio formal em matéria de aplicação do direito, atido como está à preocupação estrita de controlar a correcção formal das inferências “sans porter de jugement sur la valeur de la conclusion” (27).

Na sua obra “Justice et Raison”, Perelman enunciou o princípio matricial de um sistema de justiça formal sob o nome de *Regra de Justiça*: “os seres de uma mesma natureza essencial devem ser tratados da mesma maneira”. A partir de um princípio desta natureza, o direito poderia constituir-se como sistema coerente e completo de regras a aplicar segundo critérios da evidência racional e empírica. No entanto, apesar da sua afinidade com o princípio lógico da identidade, a *Regra de Justiça* não pode, pela ambiguidade e polissemia intrínsecas à linguagem comum em que é formulada e pelos juízos de valor que comporta, ser alguma vez regra lógico-formal e menos ainda sustentar a pretensão de, sendo-o, regular em termos formais a aplicação das regras de direito positivo aos casos particulares, simplesmente porque o sentido de justiça não consente que o utilizador do raciocínio jurídico possa ficar indiferente ao teor da conclusão obtida.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Abril de 1991, dá-nos deste argumento quase-lógico - filiado no princípio lógico da identidade - uma bela ilustração nestes termos: “Ficaria sem se compreender o que poderia ter levado o legislador a proibir, ao tribunal comum, a demissão do funcionário militar, quando, em circunstâncias idênticas o permite relativamente aos restantes funcionários públicos”. Neste argumento, que contém igualmente o germen de um *argumento apagógico* ou de *reductio ad absurdum*, sustenta-se a ideia de uma identidade parcial, designadamente em termos de personalidade jurídica, entre seres cuja “categoria essencial”, de serem funcionários públicos, requer um tratamento igual perante a lei e os tribunais.

O celebrado labor, de feição lógica, da motivação judiciária não se expressa, como se vê, através de raciocínios *analíticos* que procedem por demonstração lógica e impessoal, mas através raciocínios *dialécticos* ou argumentos que encontram na justificação o modo apropriado de fundamentação das escolhas entre valores e sua hierarquização. Isso mesmo nos é manifesto pela estrutura do *dispositivo* que, não obstante operar como justificação interna do discurso jurídico e aparentar, por isso, a forma e o rigor lógicos do silogismo, tem no entanto uma estrutura entimemática onde apenas o nome consente alguma similitude formal presente na própria designação *silogismo jurídico*. De facto, a verdade que transcorre das premissas para a conclusão não pode nunca ser entendida como uma “verdade lógica” cuja

evidência se imponha ao espírito de forma constringente e necessária, não obstante reivindicar a coerência entre premissas e conclusão. De facto as premissas do dispositivo podem sempre ser objecto de contestação uma vez que são produzidas pelo processo interpretativo onde opera o engenho poético e produtivo de novas escolhas que faz delas premissas questionáveis, porque verosímeis e prováveis.

É para nós muito claro que o raciocínio jurídico, que designamos também por *dispositivo*, é quase sempre controverso ou, pelo menos, susceptível de ser questionado. E se o não for relativamente à sua coerência formal, é-o quase sempre do ponto de vista da consistência das suas premissas e do critério que presidiu à sua escolha.

Do mesmo modo é circunstância impeditiva de uma identidade formal e material entre o silogismo lógico e o *silogismo jurídico* o desdobramento de sentidos que neste último se opera ao nível da premissa menor: por um se afirma a consistência do caso, isto é, que estamos em presença de um facto; por outro se afirma que estamos em presença de um facto do tipo. Só a coexistência bipolar de sentidos no enunciado da premissa menor permite fazer a subsunção do facto ao direito. Aliás o raciocínio jurídico apresenta, muito frequentemente, uma estrutura entimemática, como acontece neste excerto do acórdão do S.T.J. de 27 de Janeiro de 1993:

“A razão do direito de regresso é afinal a não responsabilização da seguradora pelos danos consequentes da situação ilícita e produzida e não abrangida pelo contrato de seguro. O abandono do sinistrado é uma delas.

O seguro não abrange esta situação ilícita, por que não é previsível que, um homem médio proceda assim. Daí que pelos danos emergentes do abandono - e só desses - seja a seguradora o único responsável.

Pelo que, se a seguradora, na indemnização que pagou, abrangeu os danos atinentes à sua responsabilidade civil e também os que são consequência do abandono do sinistrado, tenha o direito a reivindicar estes últimos. E só estes.”

O que em outras circunstâncias mais caracteriza o entimema como *falta*, particularmente de premissas ou de uma parte delas, é aqui antes *excesso* e *redundância*, sem no entanto deixar de caracterizar um raciocínio

entimemático. No entanto é evidente que só através de um exercício de constrangimento sobre o texto e de simplificação formal se poderia obter uma forma canónica de silogismo.

O mesmo se diga dos cânones que operam na interpretação das regras jurídicas que, não obstante a sua condição de dispositivos logo-técnicos que coadjuvam o raciocínio jurídico na produção de inferências, são igualmente categorias argumentativas que retiram o seu prestígio da semelhança formal com os princípios lógicos da identidade, da não-contradição, de relações matemáticas de inclusão da parte no todo entre outros. Referimo-nos aos cânones de interpretação restritiva ou *distinguo*, analógica ou *a simili*, excludente ou *a contrario*, e extensiva ou *a fortiori*.

Em face das razões aduzidas, o raciocínio jurídico ou *dispositivo* obtém uma conclusão quase sempre controversa mas, acima de tudo, comprometida com um juízo de valor, questionável. Importa, acima de tudo e só, que se não consinta uma conclusão iníqua e contrária ao direito.

São estas as razões de fundo que elidem uma identificação estrita da lógica e do direito, não obstante se reconhecer que a lógica formal é, de facto, matriz de estruturação interna do raciocínio jurídico e constitui-se face ao direito como racionalidade de referência, não obstante as semelhanças se confinarem apenas a alguma similitude formal.

Este particularismo especioso é bem ilustrado na estrutura do *dispositivo* jurídico e, de alguma forma, no uso dos cânones de interpretação. A designação de todo o campo da argumentação jurídica e judiciária pelo nome de *Lógica Jurídica* é tributo ajustado desta afinidade electiva que existe, de facto, entre o direito e a lógica formal.

O *argumento da incompatibilidade* é, em inúmeros recursos dirigidos ao Supremo Tribunal de Justiça, o argumento de fundo, tendo em conta as competências deste tribunal de última instância. Em termos de racionalidade argumentativa, o argumento em presença filia-se no princípio lógico da não-contradição. Mas, enquanto a contradição lógica supõe um formalismo ou, de alguma forma, um sistema de noções unívocas, como argumento que é, a incompatibilidade, está dependente de contingências, sejam estas advenientes de leis naturais, de acontecimentos particulares ou de decisões humanas (28).

Assim acontece, por exemplo, na questão de fundo dirimida pelo acórdão do S. T. J. de 14 de Maio de 1991. Ali se aprecia o recurso de um cidadão holandês que invoca incompatibilidade entre a Directiva da C. E. E. n. 64/221, que interdita a expulsão de um estrangeiro, cidadão de um Estado-membro, com fins de prevenção, e a Lei portuguesa, uma vez que nos termos do art. 43.º do decreto-lei n. 264-B/81, se prevê a expulsão dos mesmos, como pena acessória, quando incursos na prática do crime de tráfico de estupefacientes.

De entre os argumentos quase-lógicos baseados em relações matemáticas como a *divisão*, a *adição*, a *comparação*, a *relação de frequência*, a *inclusão da aparte no todo*, do *pequeno com o maior*, um lugar de destaque deve ser dado ao *argumento quase-lógico da adição*. Não se tratando embora de confirmar uma espécie de aritmética que foi uso obstinado na época das chamadas provas legais, no fim do antigo regime, é de reconhecer o peso do elemento quantitativo da formação de um juízo sobre o elemento subjectivo da culpa, por essência um elemento qualitativamente quantificável. Nos acórdãos analisados é muito frequente fazer-se uma enumeração dos factos provados quer na categoria das agravantes, quer das atenuantes, como forma de introduzir a pergunta decisiva: *quid juris* ?

Na inventariação por nós feita das categorias argumentativas contidas em sessenta acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, verificamos que o cânone de interpretação restritiva, *distinguo*, é a categoria argumentativa mais usada, logo seguida pela *relação de causalidade* e pela *definição*.

Da *relação de causalidade* já falámos com algum desenvolvimento neste capítulo. Do cânone de interpretação restritiva *distinguo*, argumento associado à predilecção que o Direito Canónico lhe devotara, não nos espanta grandemente o facto da sua grande incidência no discurso jurídico da motivação judiciária de hoje, naturalmente por razões que podem encontrar-se, talvez, em laços da nossa tradição e cultura jurídica, mas, sobretudo, pela disponibilidade e ductilidade que manifesta enquanto dispositivo logo-técnico, como se fora um pequeno escopro de burilar conceitos, o que faz com uma sabedoria prática, uma *métis* guiada pela prudência, tão cara à dogmática como à jurisprudência, como o foi para os antigos.

A sua preocupação de fundo, se assim podemos dizer, manifesta-se em estabelecer o contorno preciso do sentido da norma, curando de evitar interpretações extensivas que ponham em causa a segurança jurídica.

Por último, é imperativo fazer uma referência especial ao argumento quase-lógico da *definição* e à especificidade de funções do S.T.J.

O argumento quase-lógico da *definição* tem uma força e um prestígio muito próprios e que retira, aliás, da similitude que mantém e procura com o princípio lógico da identidade que se exprime assim: $a = a$.

O argumento da *definição* é por excelência o que melhor define a natureza das funções daquele tribunal de última instância. Apresenta-se como a solução técnica para dirimir os conflitos de direito. Nesse sentido a definição é ela própria sinónimo de decisão neste domínio.

De entre as inúmeras definições produzidas pela racionalidade argumentativa do S. T. J. escolhemos como ilustração a definição de *legítima defesa*, produzida pelo Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 15 de Janeiro de 1992: *"Sabido é que o requisito indispensável de legítima defesa é a existência de animus deffendendi. Diz o artigo 32º do Código Penal que constitui legítima defesa o facto praticado, como meio necessário, para repelir a agressão actual e ilícita de quaisquer interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro. A legítima defesa exige assim: uma agressão actual e ilícita e que a defesa seja necessária, agindo o agente com vontade de defesa."*

Acrescenta ainda o douto acórdão, como complemento da definição de "legítima defesa", que quando *o seu emprego extravasa a defesa, insere-se na agressão*. De alguma forma a legitimidade que aqui se funda ultrapassa a que se obtém pelo uso estrito do argumento da *reciprocidade*, como se o direito se desse a si próprio, por este princípio, a matriz de justiça que o deve nortear.

2. 4. 3. - Estilo e modelo de motivação

O sentido mais imediato que nos é sugerido na palavra "estilo", sempre vem associado à produção de discurso eloquente e oferece-se-nos, à partida,

em íntima conexão com a latina noção de *illocutio*. A esta se viria a restringir a discursividade técnica de “valor certo” consolidada com Aristóteles, tornando-se, após a queda das repúblicas clássicas, mera arte de bem falar, numa espécie de retorno à sofística, já iniciado com Demétrios (discípulo de Theophrastus, discípulo de Aristóteles), na fase da degenerescência da retórica e que viria a acentuar-se em toda a Idade Média, pela forma como mostrámos no nosso estudo *Retórica Direito e Democracia*. Mas esta mesma *illocutio* se haveria de se redimir, como então dissemos, através da fusão da poesia e da oratória, para dar origem à grande literatura do século XIX.

Enquanto mera *ars* oratória, a retórica medieval pressupunha a *illocutio*, primeiro termo de uma trilogia estruturante do discurso, que se completava com a *inventio* e a *dispositio* (29). Constituíam elas, na sua conjugação, os três grandes momentos constituintes da arte retórica na sua versão degenerada, isto é, desligada da sua originária e hoje reposta condição de discurso fundado, por Aristóteles, em critérios de racionalidade que lhe conferem o estatuto epistemológico de uma *téchné*, o que é dizer, o de um válido exercício de racionalidade prática, cujo objecto não era a persuasão pela persuasão, mas a inquirição reflexiva (*theoretica*) dos meios de persuasão.

Enquanto racionalidade técnica que privilegia a coerência do discurso racional que convence e que se afirma independente da moral, a retórica aristotélica faz a sua aparição nos géneros deliberativo, epidíctico e judiciário (não confundir o segundo destes géneros com o género “demonstrativo” (=apodíctico), como por lapso refere Menezes Cordeiro a p. 139, na sua citada obra *Boa Fé e Direito Civil*).

Mas é este mesmo Autor que, finalmente, nos antecipa, na sua magnífica tese, “o passo mais importante da evolução da retórica [em termos jurídicos], abrindo as portas à sua miscigenação com o Direito”, já na exigência socrático-platónica de subordinação da retórica à produção de conhecimento (uma vez que Platão “não admite uma ciência da palavra, puramente formal”), bem como aquela outra de subordinar a retórica à moral. Nesta específica exigência, observa Menezes Cordeiro, “a retórica cobre-se de um conteúdo moral, devendo exprimir o justo: é [torna-se] uma retórica material” (30).

Nem sempre se nos oferece, com a clarividência supra manifesta por este nosso Autor, a complementaridade entre o contributo aristotélico para a produção judiciária da prova (pela credibilização epistemológica da racionalidade prática, de par com a natureza necessariamente técnica da prova - “só as provas são técnicas”), com o contributo platónico da exigência de um fundamento material da validade do discurso jurídico, sem o qual o direito não é “válido dever-ser”, isto é, não é direito, como neste trabalho se mostrará, sob a luz dos ensinamentos de Castanheira Neves.

É ainda Menezes Cordeiro quem nos presta acrescido auxílio, para uma melhor dilucidação da questão estética associada à noção de “estilo” implicada no discurso judiciário, convocando a reflexão de Sbordone in *Storia della retorica* para dizer que em Aristóteles se estabelece “uma escala de esteticismo ascendente e de intelectualismo descendente: filosofia, retórica e poesia” (31).

A nossa diligência relectora, adentro dos acórdãos sob análise, não deixa de aforrar algum pecúlio, não muito rico diga-se, de brocardos latinos, tais como: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (doc. 65); *non bis in idem* (doc. 21); *in dubio pro reo* (doc. 29 e 33); *instrumenta sceleris* [para designar os instrumentos do crime] (doc. 30); *reformatio in pejus* (doc. 46, 103 e 44); *una voce sine discrepante* (doc. 4 e 38); *quaesita sceleris* (doc. 38); *animus deffendendi* (doc. 47e 49); *culpa in vigilando* (86); *jus puniendi* (doc. 91); *maxima face* [para salientar a gravidade da ilicitude] (doc. 103); *ardua quaestio* [o doseamento da pena] (doc. 104 e 27); *expressis litteris* (doc. 4’), *mutatis mutandis* (doc. 6’); *de meritis* (doc. 27); *frigido pacato que animo* (doc. 27); *maxima iracunda e imensus dolor* (doc.33); caso *sub judicibus* (doc.34); *iter criminis* (doc. 72); *thema decidendum*, [condicionador do] *thema probandum* (doc.44). Como se vê, uns são máximas de uso prestigiado no direito que veiculam princípios, outros exprimem apenas o gosto pela erudição que de todo se não enjeita, apesar de não ser essencial ao conteúdo material do direito.

Não podemos deixar de reconhecer a natureza e função dessas máximas que, tal como acontece com os adágios populares, parecem obedecer a uma espécie de “liturgia” poética que “sacraliza” o discurso jurídico.

Este efeito quase subliminar de sentido sai reforçado pelo uso auto-referencial das metáforas espaciais para designar a sala de audiências como “ribalta do plenário” ou “tribuna do pretório”. Sentido que sobretudo se reforça mais explicitamente na “metáfora viva” que constitui a própria arquitectura das salas de audiências dos nossos tribunais e a disposição nela dos lugares de enunciação.

A sobredita “liturgia poética”, diferentemente destoutra que apenas sublinha os traços do direito como *potestas*, não deixa, pelo seu lado, de veicular uma norma ética, como a que nos é oferecida pelo acórdão de 13 de Janeiro de 1993. Ali se diz que o “*pai imprudente torna o filho desobediente*”, num quadro em que o comportamento altamente censurável do pai é susceptível de atenuar a medida da pena referida à autoria material do crime de parricídio, apesar de provada a especial censurabilidade e perversidade do acto do filho. Quanto à singular característica plástica das máximas e adágios populares, diremos ainda que dela releva uma acrescida virtualidade: a de produzir efeitos duradouros sobre a memória auditiva, sob o efeito edulcorante da sua forma quase cantada e recitativa, como sedimentado dispositivo de prevenção geral.

Em reforço da sobredita acepção de “estilo”, mas também para que conste como ilustração de que também a motivação judiciária se deixa atravessar por um pessoal modo de expressão literário do relator dos acórdãos, atenhamo-nos a três sugestivos usos de expressões de natureza metafórica, cuja ocorrência no discurso da motivação não representa, de nenhum modo, um válido recurso argumentativo ou justificativo. Veremos que se nos oferecem mais como índice da eloquência do relator, como bem se confirma no acórdão de 13 de Janeiro de 1993, onde se diz : *o farol do artigo 72 do Código Penal, que prescreve as directrizes que hão-se iluminar o julgador em tão “ardua quaestio”*. E se a montante a expressão metafórica manifesta a preeminência do normativo para qualificação jurídica do caso, a jusante, no acórdão de 20 de Março de 1991, doc. 31, sublinha-se já o “lugar” privilegiado da instância que enuncia o direito, quando se diz : *“ora da nossa varanda e fazendo incidir a nossa atenção sobre os normativos do Código de Custas Judiciais e dos decretos-lei que regulamentam a figura jurídica do apoio judiciário...”*.

Mais criativa se nos oferece, por último, a expressão metafórica, contida no documento 17, que promove a fusão dos domínios da percepção sensível com o da inteligência jurídico-racional, para aludir à impossibilidade de uma adequada qualificação por insuficiente conhecimento em matéria de facto, nestes termos: “*o que efectivamente decorreu não o conseguiram as instâncias apurar e daí que estejamos perfeitamente às escuras quanto ao ponto de saber se o réu cometeu, antes de matar a Maria José, qualquer crime, requisito essencial para a verificação da alínea e) de que estamos a fazer estudo*”.

Como referência bastante e teoricamente pertinente desta breve evocação das “figuras”, enquanto formas de expressão linguística que se destacam pela sua excentricidade do discurso corrente, importa sublinhar aqui a conhecida distinção, introduzida por Perelman e Lucy Tyteca no seu *Traité de L'Argumentation*, entre figuras de estilo e figuras argumentativas, nestes precisos termos: “*Nous considérerons une figure comme argumentative si, entraînant un changement de perspective, son emploi paraît normal par rapport à la nouvelle situation suggérée. Si, par contre, le discours n'entraîne pas l'adhésion de l'auditeur à cette forme argumentative, la figure sera perçue comme ornement, comme figure de style*” (32).

No quadro desta distinção é claramente perceptível que as referidas expressões de natureza metafórica propendem para a eloquência e, portando, expressam uma linguagem *estilo*. Mas já se nos oferece num intencional uso argumentativo a figura da “alusão”, convocada no acórdão referido no documento 29, onde se lê: “d) o recorrente não se esquece de invocar a inconstitucionalidade do art. 665 do Código de Processo Penal interpretado pelo assento de 29 de Junho de 1943, como contrariando a garantia do duplo grau de jurisdição. É questão, nos tempos que correm, muito invocada pela defesa em processo penal, já que é susceptível de proporcionar novos e mais largos horizontes...”. Por esta figura o relator alude ao efeito perlocutório pretendido pelo recorrente, com contundência bastante para o desqualificar. Mas o meritíssimo juiz relator faz uso simultâneo do argumento *ad personam*, *na medida* em que manifesta a intenção de desqualificar o arguido que supõe movido por interesses torpes e mesquinhos. Estratégia de desqualificação, de

menor contundência, é a que se esboça no uso de argumentos *ad hominem* nos documentos 17, 29 e 5.

Mas cabe também, em sede de “discursividade técnica na motivação judiciária”, convocar uma outra acepção de “estilo”, usada para designar uma modalidade padronizada e dominante de justificação das decisões de justiça. Por opção metodológica, remetemos para o cap. V, onde se fala da “Epistemologia da Decisão”, a problematização de eventuais incidências que *motivações conscientes* ou *inconscientes* possam aportar para a adopção de um concreto “estilo/modelo” de motivação judiciária. De algum modo, os desenvolvimentos que fizemos a montante, permitiram-nos caracterizar como que a *fysis* do modelo de motivação que nos é oferecida na análise da discursividade técnica dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça. Importa, entretanto, verificar se, a partir da revelada discursividade, nos é possível tipificar um “estilo” dominante de motivação.

Um dos caminhos possíveis é o que nos propõe a civilista italiana Michele Taruffo (33) que sugere comecemos por identificar a omissão das escolhas *cognoscitivas*, *avaliativas* ou *interpretativas* (enquanto índice do que ela designa por “capitulações explícitas” face a um *stylus curiae* de uma modalidade de justificação dominante) e, de seguida, o modelo padrão de discurso justificativo que será veículo da ideologia jurídica dominante.

A análise da “discursividade técnica” dos acórdãos do STJ permitiu-nos elaborar um quadro-síntese que manifesta alguns indicadores específicos, de forma e conteúdo, ajustados a um estilo de motivação denunciado por Michele Taruffo no seu estudo “Responsabilità Politica del Giudice e Stile della Motivazione”. Os pontos antecedentes do presente capítulo, designadamente aqueles que acentuam “o *dactum* como premissa” (onde em bom rigor, o factos jurídicos são dados na sua acabada e inquestionada avaliação pelo colectivo da 1ª instância) e que em conjugação com o “teor lógico da motivação”, permitem esboçar, embora a traço grosso, as linhas de uma forte estruturação lógica e de uma metodologia jurídica que enjeita, na interpretação restritivíssima que o STJ faz da sua função de conhecer em matéria de facto, dando mostras de um tecnicismo jurídico que se assume como neutral e científico (que, nesse processo, deixa de lado o paradigma de fundamentação em ciência que é a verificação) para assentar apenas numa concepção

cartesiana de ciência, assente em evidências racionais produzidas por uma razão fechada sobre si mesmo.

Em termos cartesianos, o STJ toma como claros e distintos os dados de que parte, para deles consequenciar, por via inferencial, verdades de ciência exacta. Ora este grau de certeza não pode ser dado nem mesmo pelo dispositivo jurídico, ou o raciocínio final do discurso que leva à decisão, mesmo se der como estruturado nas formas do silogismo jurídico e seus coadjuvantes de indução, de dedução ou de interpretação restritiva que são, de facto, os argumentos *a simili*, *a contrario*, *a fortiori* e *distinguo*. Isto porque, como mostramos no nosso estudo *Retórica Direito e Democracia* (34), é sempre de considerar problemática a premissa menor do silogismo jurídico em função da sua partição numa díade de questões: a de saber se é, efectivamente, o caso que o facto em questão se deu como provado na sua autoria e no seu modo; e se, comprovado que seja, ele congrega os elementos do tipo.

Também por este motivo, que releva das especificidades próprias ao silogismo jurídico, o Supremo Tribunal de Justiça não pode eximir-se de avaliar criticamente em matéria de facto, a menos que, como acontecia até à decisão do T. C. de 2 de Dezembro de 1998, o “facto” da premissa menor fosse um *dactum* que o S.T.J. se obrigava a *acolher* acriticamente do tribunal recorrido e a *enumerar* para cumprir de forma bastante, como supunha, a obrigação constitucional de motivar “em matéria de facto”, como decorria da sua errónea interpretação da norma contida no n.º 2 do artigo 410.º do Código de Processo Penal. A esta interpretação restritiva, por um excessivo *distinguo*, acórdãos do S. T. J. manifestam uma frágil e por vezes inexistente enunciação avaliativa em matéria de facto.

Razões mais pertinentes são as que impõem a obrigação de motivar em matéria de facto e não apenas em direito, e essas são as agora convoladas pelo douto acórdão do Tribunal Constitucional n.º 680/98 que, sem denegar razões de “praticabilidade” ou decorrentes da “exigência de imediação da prova”, que justificam que o recurso em matéria de facto não possa assumir no S.T.J. o mesmo âmbito e a mesma dimensão que em matéria de direito, o levam a julgar como inconstitucional a interpretação dada pelo S.T.J. à norma do n.º 2 do artigo 374.º do Código de Processo Penal de 1987.

A interpretação revogada sustentava, em síntese que “a fundamentação das decisões em matéria de facto se basta com a simples enumeração dos meios de prova utilizados em 1ª Instância, não exigindo a explicitação do processo de formação da convicção do tribunal, por violação do dever de fundamentação das decisões dos tribunais previsto no n.º 1 do artigo 205.º da Constituição, bem como, quando conjugada com a norma das alíneas b) e c) do artigo 410.º do mesmo Código, por *violação do direito de recurso* consagrado no n.º 1 do artigo 32.º também da Constituição”.

Esta insustentável refracção à motivação em matéria de facto constitui, seguramente, a terceira empena do modelo de motivação em uso entre nós e integra, naturalmente, as razões que configuram uma “frágil enunciação avaliativa” de que fala Michele Taruffo. Não será demais sublinhar que nem sempre os factos justificam o aforismo popular de que “contra factos não há argumentos”. Atente-se, designadamente à problematicidade que sempre acompanha a qualificação jurídica da conduta do agente na prática do crime de homicídio e ficaremos cientes de que enjeitar a motivação em matéria de facto é alijar compromissos com a avaliação que vai associada à sua qualificação.

Mas esta fragilidade avaliativa relativamente aos factos estende-se também campo dos valores. Não foi por omissão deliberada, devida a uma qualquer opção metodológica, que acima deixámos de referir, aquando da caracterização da discursividade técnica dos acórdãos estudados, o lugar dos princípios gerais do direito na motivação. Na origem da nossa omissão esteve, justamente, o facto de eles estarem lá praticamente omissos.

Em particular, e porque se trata de acórdãos relativos a homicídios de diverso tipo, tivemos a preocupação de extractar do texto dos acórdãos as referências ao valor “vida”. Mas em nenhum acórdão nos foi dado reconhecer explicitamente uma referência que fosse ao fundamento do “dever de respeito para com a pessoa humana” que, como se verá no capítulo IV, é hoje considerado um *princípio geral do direito* sobre que se funda a igualdade e universalidade dos direitos do homem.

Tenhamos presente que a motivação, cujas omissões agora inquirimos em termos valorativos, é relativa ao valor incontestado da *vida humana*, enquanto condição necessária de todos os demais direitos inerentes ao ser-se pessoa. Como é consabido, a censura social que impende sobre quantos

atentem contra a vida de um seu semelhante ou que, pela sua conduta, a ponham gravemente em perigo é, entre nós, objecto de um tão alargado consenso que a motivação judiciária não poderia, de forma alguma, deixar de o reflectir no seu *corpus*.

Ora, se é forte a censura com que o direito estigmatiza a violação do direito à vida e, proporcional a ela, a medida da pena que vai associada à punição do agente, então não é menos necessária a prudência na qualificação dos factos e bem como a salvaguarda do “duplo grau de juridicidade”, em ordem a salvaguardar devidamente os *direitos de recurso e de defesa* por parte do acusado, também ele pessoa humana, e uma vez que da sentença pode resultar a privação de direitos fundamentais. A omissão das escolhas “avaliativas” em matéria de facto por parte do S.T.J. (até mesmo por se tratar de um domínio onde vigora o princípio da livre apreciação da prova) torna, de facto, improcedente quer o “direito de recurso” quer o “direito de defesa” do acusado. E não são raros os casos em que a aparente evidência dos factos sucumbe a uma mais apurada e prudente apreciação.

Os acórdãos do S.T.J. aqui analisados que, é bom sublinhar, respeitam a um universo temporal situado já a alguma distância (35), revelam por vezes, uma surpreendente fragilidade no campo da fundamentação axiológica do valor da vida humana no sentido já acima evocado, não seja, do nosso ponto de vista, devida a uma quebra deste alargado consenso quanto à proeminência do seu valor no seio da comunidade, mas porventura sintoma de um sentido que mingua na relação inversa do paroxismo hedonista e narcísico que se reconhecem presentes no modo se vem processando a socialização na contemporaneidade.

Da vida ter-nos-emos apropriado tão só da sua “genericidade abstracta”, como dirá Jean-Marc Trigeaud (36) reportando-se aos direitos humanos, sem espessura ontológica que lhe dê sentido. Como sabemos, o “estatuto” de pessoa humana, titular de direitos que se reconduzem a uma unitária ideia de “dever de respeito”, é conferido segundo a doutrina entre nós perfilhada, com o surgimento da vida biológica (e, na opinião de Hannah Arendt, outorga-se com os demais direitos através da titularidade do direito de “cidadania”, como melhor se fundamentará no capítulo IV) mas, inquestionavelmente, esse mesmo estatuto de pessoa não fenece com a vida. Daí a nossa postulação

acerca do carácter “necessário” (que não suficiente) do valor “vida” na conformação do respeito devido para com a pessoa humana.

Neste sentido, é notável o acórdão do STJ de 1 de Março de 1990 que, *a contrario* da alegação de que “um cadáver já não é uma pessoa” e que, portanto, não houvera “abandono de sinistrado”, motivou a sua decisão sobre o fundamento de que “a morte instantânea não retira à vítima do atropelamento a qualidade de sinistrado, ou seja, de pessoa que foi alvo de um sinistro. O cadáver é um ser humano, e um homem que jaz morto”, consequentemente titular do dever de respeito que o abandono denega. Porque motiva a sua decisão sobre algum fundamento valorativo da natureza essencial do ser-se pessoa, o acórdão em presença (doc. 43) pode bem ser considerado como excepção que confirma a regra.

Se não nos parece avisado concluir, a partir destes sintomas, a verificação do exacto modelo dominante especificamente referido pela autora, de que desenvolvidamente daremos conta no nosso capítulo V, é porém certo que o “estilo” de motivação nos seus traços essenciais não se distingue daquele, até mesmo ao nível da “capitulação explícita” denunciada no acórdão n.º 680/98 do Tribunal Constitucional acima referido. Como procuraremos mostrar no capítulo V, sobre a *Epistemologia da decisão*, parece-nos mais consistente postular que a intencionalidade que preside à adopção deste estilo de motivação, não obstante se prestar de facto a perpetuar a ideia de um *juiz-operador-técnico-neutral*, poderá ser, em termos globais, mais o resultado de uma retórica inconsciente que melhor se entenderá no fio de pensamento em que nos insere Michel Foucault na sua obra *L'Ordre du Discours*, onde um interdito, qual ordem inconsciente dada ao discurso, se encarrega de esconjurar os poderes e os perigos da subjectividade adentro do discurso judiciário.

Notas bibliográficas

- (1) - Esta proposta de aceder ao direito pela via de uma “fenomenologia linguística” é enunciada por P. Amselek no seu estudo “Le locutoire et

l'illocutoire dans les enonciations relatives aux normes juridiques", *Revue de Metaphysique et Morale*, n.º 3/1990. Por ser fecunda, esta abordagem é retomada pelo autor, designadamente em "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", *Théorie des Actes de Langage, Éthique et Droit*, estudos publicados sob a direcção de Paul Amselek, Puf, Paris, 1986, pp. 109-163, onde Amselek faz relevar aí, num movimento que completa a interacção entre "jurídico" e "linguístico", "les enseignements qu'une phénoménologie du droit peut apporter à la phénoménologie du langage", op. cit., p. 137 e sgs.

- (2) - M. Heidegger, "Língua de Tradição e Língua Técnica", Edições Vega, Lisboa, 1995, pp. 18 - 20.
- (3) - cfr. P. Amselek, *Revue de Méthaphysique et de Morale*, n.º 3/1990, pp. 386/387.
- (4) - R. Legros, "Considérations sur les motifs", *La Motivation des décisions de justice*, cit., p. 11.
- (5) - cfr. P. Amselek, "Le locutoire et l'illocutoire dans les enonciations relatives aux normes juridiques", *Revue de Metaphysique et Morale*, N.º 3/1990, pp. 391.
- (6) - Georges Kalinowski, "sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi", *Achives de Philosophie du Droit*, t. 19, 1974, p. 67. Sobre a questão deontica temos ainda de Georges Kalinovski, em tradução castelhana a sua *Logica de las normas y logica deontica*, Distribuciones Fontamara, México, 1993.
- (7) - Em particular, de Jean-Louis Gardies, "Système normatif et système de normes", *Archives de Philosophie du Droit*, t. 19, 1974.
- (8) - P. Amselek, op. cit., p. 396.
- (9) - cfr. P. Amselek, op. cit., p. 398.
- (10) - De P. Amselek importa reter a seguinte definição de "acto jurídico":
"L'acte juridique, c'est tout ce que dit le jurisdiseur lorsqu'il édicte du droit", op. cit., p. 397.
- (11) - F. Ewald, *Foucault a Norma e o Direito*, cit., p. 209.
- (12) - F. Ewald, op. cit. p. 210.
- (13) - cfr. acórdão do S.T.J. de 29 de Janeiro de 1992.
- (14) - cfr. acórdão do S. T. J. de 10 de Julho de 1991.

- (15) - cfr. P. Ricoeur, *Le Juste*, cit., p. 26.
- (16) - Idem, p. 178.
- (17) - Idem, p. 165.
- (18) - Idem, p. 25.
- (19) - Idem, p.164.
- (20) - Idem, p. 166.
- (21) - Emílio Betti, *Interpretacion de la ley y de los actos juridicos*, Editoriales de Dederecho Reunidas, Madrid, 1975.
- (22) - cfr. E. Betti, op. cit., p. 96.
- (23) - cfr. “Revista de Legislação e Jurisprudência”, ano 116, p. 53.
- (24) - cfr. acórdão do S.T.J., doc. n.º 21
- (25) - Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997.
- (26) - Para um aprofundamento da problemática associada à “força obrigatória geral” dos *assentos*, ver, por todos, o estudo *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*, do professor A. Castanheira Neves.
- (27) - C. Perelman, *Logique Juridique - Nouvelle Rhétorique*, cit., p. 9.
- (28) - cfr. nosso estudo *Retórica, Direito e Democracia*, Ed. BMJ, p. 51.
- (29) - Sobre a estrutura do discurso argumentativo e suas partes, ver por todos Corbett, Edward P. J., *Classical Rhetoric for the Modern Student*, cit., p. 282 e segs.
- (30) - Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., pp.137-138.
- (31) - Menezes Cordeiro, op. cit., p. 138.
- (32) - cf. Chaim Perelman e Lucie Tyteca, *Traité de L'Argumentation*, p. 229.
- (33) - “Responsabilità Politica del Giudice e Stile della Motivazione”, Estratto della rivista *Città & Regioni*, n.º 3 - Março, Cooperativa Lavoratori Officine Grafiche Firenze, Florença, 1977.
- (34) - Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 418, Relativa ao ano de 1992 editado em 1994.
- (35) - À data do início deste estudo, em Março de 1995, não estavam ainda disponíveis em registo informático na D.G.S.I. parte significativa dos acórdãos de 1994, bem como os de 1995. Deste ano havia registo de único acórdão em texto não integral que, por extensão do critério aplicado aos anos anteriores, se rejeitou. O primeiro núcleo de acórdãos

coligidos respeitam a um período anterior a 1974 e reportam-se ainda à aplicação do direito aos “indígenas. Os últimos acórdãos estudados respeitam ao anos de 1994.

- (36) - “Personne humaine et droit”, *Archives de Philosophie di Droit*, Tome 36, Sirey, 1991.

III - A questão ética na motivação

3. 1. - A vida como valor, no quadro das grandes concepções do Direito.

Uma vez analisada, no capítulo antecedente, a discursividade técnica que opera na motivação dos acórdãos do S.T.J., inquieta-nos particularmente a vontade de saber se, ao nível das premissas que veiculam valores e sua hierarquização, é possível construir o quadro de uma axiologia jurídica específica da motivação das decisões por crimes contra a vida.

Como é que o valor concreto “vida” se articula, se integra e hierarquiza face ao quadro de valores, preocupações e fins do direito? No limite, como é que a vida, enquanto potência e valor certo que hoje é, se articula e hierarquiza face aos demais fins ou valores protegidos pelo direito, de que são exemplo a *justiça, bem comum e segurança jurídica* ?

Olhando para a história do direito no ocidente, damos-nos conta de que o *direito à vida* manteve, durante séculos, um estatuto precário de um direito de pessoas. A esta situação não foi certamente indiferente o modo como a filosofia antiga, e o seu preclaro pessimismo face à vida terrena, se inscreveu no pensamento do Ocidente. Sobre o fundamento deste pessimismo endémico da filosofia do ocidente face ao valor da vida, apenas contrariado pelo pensamento cristão na sua intrínseca constituição, interpretado pelos padres e doutores da Igreja (uma vez que desta temos de considerar distinta a sua prática de instituição de poder temporal, agravada por um fundamentalismo justificativo e adjudicante do valor da vida humana), importa remeter para a importante reflexão de Hannah Arendt na sua *4ª Lição* sobre a filosofia política de Kant que dá dele testemunho (1).

No entanto, por influência do pensamento cristão viria a transformar-se em direito de todos os homens, sobretudo quando as condições políticas permitiram um poder político central forte, criando as condições de banimento do direito de vida como privilégio de alguns. Mas, é já no início da modernidade que o direito à vida se nos apresenta como pleno direito de personalidade.

Desde sempre, as estratégias do poder político souberam adjudicar e administrar politicamente o direito de vida e de morte, na guerra e na paz. É

justo que se reconheça que a Igreja católica, enquanto instituição que reclamou para o ocidente que o direito à vida deixasse de ser apenas direito de pessoa e passasse a ser direito de todos os homens, agiu, na história, com dolo acrescido, pela adjudicação que também fez do direito à vida dos que lhe eram infiéis.

O movimento liberal e individualista do Aufklärung, entre 1770 e 1870, abriu caminho a uma progressiva introdução no Direito, dos instrumentos jurídicos que haveriam de dar à pessoa humana a posse plena dos direitos de personalidade e, com eles, à vida como pleno direito de personalidade.

Coube ao Direito natural racionalista a função de veículo mediador que permitiu a passagem daqueles ideais libertários para o direito positivo, aproveitando o amplo movimento de codificação a que abriu portas a Revolução Francesa de 1789.

Inserido no amplo movimento de ideias do Aufklärung, o jusnaturalismo racionalista lutou pela consagração, na lei positiva, dos princípios da liberdade e igualdade formais, valores que, na opinião de Rousseau, são por natureza consubstanciais a todo o indivíduo, e que a razão reclama como valores inatos do homem. É o tempo da afirmação da vontade livre, do fim da servidão corporal que prendia os camponeses à terra, da consagração do princípio da livre concorrência. É também o tempo em que os súbditos se tornam cidadãos, com direitos cívicos iguais, e em que é abolida grande parte dos privilégios da nobreza.

Acorrentados primeiramente a uma existência formal, face a imperativos de segurança jurídica de um positivismo puro e duro, sujeitos depois às provações extremas dos genocídios mundiais deste século, os direitos de personalidade só terão vencido importante batalha jurídica com o reconhecimento, à escala planetária, dos valores inalienáveis da pessoa humana.

O cunho deste movimento racionalista marcou igualmente o Direito Penal, com o traço de benevolência e humanitarismo para com o indivíduo. Diz a este propósito Stenberg que “o exército dos adversários da tortura, do procedimento inquisitivo secreto e dos castigos corporais cruentos aumentou em finais do século XVIII” (2). Segundo referência deste nosso autor, a última

execução pela roda data de 1838 e a última *bruxa* queimada na fogueira pereceu em Glaris no ano 1782.

De facto, nada faria prever a persistência secular dos espectáculos da dor pictorizados por Michel Foucault em *Vigiar e Punir*. Nada faria prever que assim seria, por se esperar justamente a influência das concepções jusnaturalistas que vigoraram durante quase 25 séculos, da Antiguidade Clássica ao século XVIII, e porque a crença num direito natural de inspiração divina e/ou racional poderiam fazer supor uma consideração maior pela vida humana.

“Direito” e “Justiça” são termos cujo uso a-técnico e popular consagrou como sinónimos, circunstância aliás reforçada pela uma aproximação etimológica de ambos. O termo “Direito” é o resultado da apropriação directa do termo com que no latim popular se designava a aplicação directa da justiça - “*directum*”. No entanto o domínio por ele designado recebeu igualmente a designação de “jurídico”, termo que procede, pela via erudita, de “Jus, iuris”, e que significa, indistintamente, Direito e Justiça. De notar que a indistinção dos termos remonta já aos gregos, designadamente a Aristóteles que na *Ética a Nicómaco* identifica o Direito da *polis* ou do Estado (natural e legal) com o nome composto *to politikón díkaion* (justiça política).

S. Tomás de Aquino, ao contrário de Aristóteles, designa o Direito e Justiça pelos termos “*jus*” e “*justitia*”, respectivamente. Na *Summa Theologica* (2-2), S. Tomás dedica ao Direito a *quaestio* 57 e define-o como sinónimo de justo, isto é, como objecto da Justiça. Na *quaestio* 58, S. Tomás define uma primeira vez a Justiça como “uma virtude geral” que designa, enquanto tal, por “justiça legal”. No número seguinte, porém, S. Tomás diz que além da justiça geral ou legal existe a justiça particular. Paniagua faz-nos notar que S. Tomás estará a referir-se predominantemente à justiça legal ou geral quando diz que o *Direito é o justo enquanto objecto da Justiça*. Um tal entendimento parece, de facto, consonante com a proclamação de que à justiça legal compete “ordenar os actos de todas as virtudes em ordem ao bem comum”, cabendo à justiça particular desempenhar as funções (comutativa e distributiva) ordenadas em último lugar (3).

Para a economia da reflexão que neste ponto pretendemos levar a cabo, importa referir desde já, ainda que sumariamente, os princípios que

definem as três grandes concepções de Direito que aqui pretendemos relevar: a concepção estatal-formalista, a concepção sociológico-realista e a concepção óntico-valorativa do Direito.

Na concepção estatal-formalista ou do positivismo jurídico puro e duro, o Direito é expressão da vontade da nação, está em íntima conexão com o Estado, organização política suprema. A marca do vínculo que o Estado estabelece com o Direito pode aferir-se por uma espécie de contra-senha estatal pela qual é possível identificar o jurídico. Só a conformidade com os modelos determinados pelo próprio Estado determina que algo seja Direito. O critério apto a reconhecer o Direito, assim entendido, é o da precedência.

A “segurança jurídica” é aquilo que poderemos identificar como sendo o seu bem supremo, fim ou ideal últimos, presente em todos os seus actos e preocupações. Por outro lado, a Lei é por excelência a fonte primeira de todo o Direito, em conexão íntima e metodológica com o ideal de segurança jurídica que aliás ajuda a garantir, na medida em que submete ao seu controlo, de “fonte de qualificação jurídica, as demais fontes de Direito - o costume e a jurisprudência.

Como forma de esconjurar a incerteza, o direito estatal-formalista impõe aos juizes dois imperativos: o de decidir sempre, por mais controverso que o caso se apresente; decidir sempre de acordo com a Lei. Estes imperativos assentam no pressuposto de que a lei contém solução para todos os casos: ou é completa ou apresenta a virtualidade que baste para preencher as lacunas por um processo de auto-integração.

Considera por fim que tudo o que não encontra solução na lei e demais fontes incorporadas nesta, bem como nos demais processos auto-integração, não é Direito ou é juridicamente irrelevante. A solução extrema usada para salvaguardar a segurança jurídica do sistema é a de considerar que toda a norma jurídica é uma norma particular que tem sempre implícita uma “norma geral exclusiva” que estabelece a consequência inversa para os casos não previstos nela. Desta presunção resulta o entendimento de que tudo o que não é proibido pelo Direito, é por ele permitido. Logo, nada há que esteja fora do Direito ou lhe seja juridicamente indiferente.

Refira-se, por último, que o ideal de segurança e de certeza jurídica tem necessidade de um princípio-garantia da sua aplicação, expresso na máxima: “Tudo o que é Direito costuma, em geral, cumprir-se”.

A segunda grade concepção, que caberá agora referir, é a sociológico-realista. Esta concepção considera que o direito procede, antes de mais, da sociedade e não necessariamente da suprema sociedade política - o Estado.

O Direito identifica-se sobretudo pelo seu labor, quer enquanto ordem reguladora primária da sociedade, quer enquanto garante de satisfação de outras necessidades. A função que o Direito desempenha na sociedade deverá ser o critério pelo qual haveremos de o reconhecer.

O ideal da “segurança jurídica”, perseguido pela concepção estatal-formalista, deverá consumir-se, segundo a concepção sociológico-realista, na melhor adequação possível à realidade e não através de uma estratégia de identificação do direito com uma axiomática em que se tomam as regras de direito positivo como absolutas.

Vinculada que está a um ideal de *fidelidade à realidade*, a concepção sociológico-realista procura, sobretudo, adequar procedimentos em ordem a melhor cumprir as exigências e aspirações da sociedade de que dimana. Os mentores desta concepção consideram que o Estado não esgota as capacidades de associação dos indivíduos na sociedade, decorrendo daí a crítica que fazem à presunção de exclusividade reguladora que o Direito estatal a si mesmo se dá e à teoria de interpretação como estrita submissão à lei.

As críticas à teoria da *interpretação como estrita submissão à lei*, e à escola da exegese que a promovia, não se fizeram esperar, sendo porta-voz deste movimento, no início do século em França, François Geny. Dos E.U.A. surge a proposta de constituição de um novo centro de preocupações jurídicas, em torno das noções de “law in action” e “law as it works” e, após ele, a escola dos “realistas” norte-americanos para quem o direito é, essencialmente, o conjunto das decisões judiciais. Na Alemanha o destaque na crítica da teoria da *interpretação como estrita submissão à lei* deve ser dado a Ihering que criticou os exageros do que chamou uma “jurisprudência dos conceitos”, bem como a Ehrlich e, após eles, ao Movimento do Direito Livre.

Após a II Guerra Mundial que tais críticas foram aprofundadas com J. Esser e, após ele, com os novos impulsionadores do pensamento “tópico”,

como Th. Viehweg ou com o renascido Direito natural de H. Coing. Na Itália o destaque deve ser dado a Emilio Betti (4) que alerta para as limitações do princípio da plenitude do ordenamento jurídico e dos procedimentos de auto-integração.

Não obstante a forma diversa como acentuam criticamente a sua divergência face às escola de pensamento jurídico estatal-formalista, as escolas sociológico-realistas são unânimes, na opinião de Paniagua, quanto à identificação dos factores extrapositivos de integração da lei e que contribuem para as decisões dos juizes. São eles: as normas de conduta, os conceitos e convicções sociais e a consciência social ou colectiva.

A terceira e última das três grandes concepções jurídicas aqui em análise é a concepção óntico-valorativa do direito. Entendem os seus mentores que não faz sentido procurar no Estado ou na Sociedade o fundamento do Direito. O Direito tem como origem e destinatário o próprio homem. Neste sentido, diz José M.^a Paniagua, o seu traço distintivo não está na contra-senha da sua procedência do estado, nem no indicador da sua realização social, mas sim no seu próprio conteúdo.

Para os cultores da concepção óntico-valorativa, o Direito é Direito mesmo que não tenha sido estabelecido pelo Estado e mesmo que não tenha sido realizado pela sociedade. S. Agostinho sintetiza muito bem esta concepção óntico-valorativa do direito quando diz: “onde não há, pois, verdadeira justiça também não pode haver Direito”; ou ainda, “não se há-de chamar Direito às disposições humanas injustas”. Pelo seu lado S. Tomás de Aquino, grande sistematizador do jusnaturalismo escolástico e hábil conciliador da concepção aristotélica do direito com o pensamento cristão, retoma e reforça a ideia de S. Agostinho, fundamentando a concepção jurídica que faz do Direito objecto da Justiça.

S. Tomás de Aquino, na sua *Summa Theologica*, propôs, muito perspicazmente, a conciliação entre razão humana e mandamentos divinos, enquanto fontes naturais do direito, como forma de obter uma concepção de direito natural unitária. S. Tomás, lembra Paniagua, “nos há dado las bases para la integración del fin del Derecho en la justicia, por medio de la doctrina del bien común como objecto de la justicia legal. En la adecuada explicación de esse bien común radica, pues, la clave del problema” (5).

O jusnaturalismo iluminista dos séculos XVII e XVIII, fundado em 1625 por Hugo Grocio (6), teve em Samuel Pufendorf e em Thomasius os seus maiores expoentes, e terá influenciado, na opinião expressa por Sternberg, as concepções jurídicas e a legislação europeias, desde 1650 a 1800.

Tal como o jusnaturalismo escolástico, também o jusnaturalismo racionalista designa a justiça como fim último do Direito, por um vínculo que liga este último ao seu conteúdo necessariamente justo.

Trata-se, em ambos os casos de um projecto universal em que o ser essencial do Direito, segundo Paniagua, se identifica com o ideal de justiça, único elemento constitutivo interno do Direito. O que é próprio do jusnaturalismo é esta particularidade de a realização da justiça ser condição necessária e suficiente do Direito. A sua relação deixa-se exprimir, em termos formais, pela figura da equivalência lógica.

Paniagua faz-nos notar que o jusnaturalismo é em primeiro lugar uma doutrina ontológica sobre a realidade da natureza e, mais particularmente da natureza humana. Assim entendido, o jusnaturalismo é uma axiologia intimamente vinculada com a ordem do ser. Neste quadro, compete-lhe confrontar o direito com as exigências da realidade e sobretudo com as que recobrem a realidade humana.

Por outro lado, esclarece o nosso autor, o Direito natural, na medida em que se ocupa do dever ser do Direito é igualmente uma doutrina axiológica do Direito ou, para sermos mais exactos, uma axiologia jurídica. Paniagua designa a doutrina ontológica do direito natural como axiologia em sentido amplo e a axiologia jurídica como axiologia em sentido estrito.

Na mesma ordem de reflexões, cabe à axiologia jurídica estabelecer uma clara diferenciação entre a ordem do ser e do dever ser, o mesmo é dizer, entre a ordem do ser e do valor. Aos valores corresponde, de facto, apenas uma *classe de ser*, a do ser ideal. Tanto basta para que devamos considerá-los independentes da classe do ser real ou de existência. Mas, porque “indiferenciação não significa indiferença entre as duas esferas do ser”, os valores manifestam uma “tendência para a realidade”, isto é, um *dever ser* que se manifesta pela exigência de incorporação no ser real.

Paniagua sustenta ainda que os valores apresentam uma peculiaridade de conteúdo que os distingue dos objectos lógicos e matemáticos como ainda

das essências em geral: os actos a que atribuímos a sua captação ou conhecimento, correntemente designados pelo nome de “juízos de valor”, incluem sempre *estimativa* ou *ponderação*, diferentemente do que acontece com a formulação de “juízos de existência”.

Direccionando os seus interesses para uma concepção de Direito imanente à própria natureza, em que o ser contém em si mesmo o dever ser de uma doutrina universal, não constituía sua preocupação separar conceptualmente o que é da ordem do ser daquilo que é da ordem do dever ser ou do valor. Essa é já uma preocupação epistemológica da axiologia jurídica que pretende, segundo o propósito manifesto por Paniagua, estudar e tratar os valores jurídicos na separação clara dos campos da realidade e do direito.

Como corolário das considerações acima produzidas, acerca dos horizontes teleológicos das concepções estatal-formalista e óntico-valorativa do direito, é justo reconhecer que, não obstante o sentido de marcha ser, em ambas, tão diverso, o percurso final condu-las a um mesmo impasse.

Pelo seu lado, a concepção estatal-formalista, ao estabelecer como seu fim a consecução da ordem e da segurança jurídica dá-se a si própria a mera natureza instrumental. E, fazendo-o, nega a si própria a possibilidade de prosseguir o caminho de uma qualquer realização positiva. No limite, dá-se a si mesma a condição de pura forma na qual se desenvolvem outros fins. Este desígnio é trágico, sobretudo, no quadro do exercício totalitário do poder.

A concepção óntico-valorativa, pelo seu lado, não obstante eleger a justiça como único e supremo valor do Direito deixa-se aprisionar na teia de uma concepção estática de justiça que se exprime no lema de “dar a cada um o seu”, isto é, o que já tem ou deveria já ter. Uma tal concepção, observa Paniagua, deixa fora do campo regulador do Direito “esos fines de nueva producción o que se adquieren sin que haya una previa propiedad, “res nullius” (...), y, como en la postura anterior [com a concepção formalista], entregados a la libre iniciativa del individuo (7).

Ao definirem o Direito como ordem de segurança e como ordem de justiça, ter-se-ão esquecido de que o Direito não pode remeter-se à execução de uma ordem estática de autodefesa. O Direito, sublinha Paniagua, deve ser entendido como ordem dinâmica que permite e garante a realização de certas

acções, sem perturbação, e impede a realização de outras. O equívoco formalista e jusnaturalista reside no subestimar do valor positivo e directamente produtivo do direito. Faz parte da própria essência do Direito a orientação positiva no sentido de favorecer a realização dos fins e a satisfação das necessidades do homem.

No quadro de uma dada regulação jurídica podem eventualmente omitir-se as referências a este fim positivo do Direito de contribuir para o bem estar social. No entanto, sublinha Paniagua, é fundamental que tal não aconteça *por uma exigência do seu conceito, da sua natureza*. É próprio da natureza e função do Direito mover-se por este impulso positivo, mesmo quando a forma por que se exprime se estruture negativamente, através de operadores deónticos negativos.

A aproximação que fizemos aos horizontes teleológicos do Direito permite-nos identificar uma questão central do Direito, independentemente das concepções que o configurem: tem a ver com o estabelecimento de um critério que permita a integração dos fins do direito na Justiça.

O “bem comum”, proposto por S. Tomás, ultrapassadas as dificuldades da sua própria definição, poderá ser excelente princípio integrador dos fins do Direito na Justiça. Paniagua sugere o uso do nome composto “bem comum” em duas acepções distintas: num sentido amplo para sintetizar “as aspirações dos esforços que o homem realiza na sua vida de cooperação colectiva”; num sentido restrito, referido exclusivamente aos fins do Direito, “bem comum” poderá ser definido como “a meta das colectividades regidas pelo Direito”.

Ao Estado compete definir os fenómenos da vida colectiva que merecem o designativo de jurídicos, estabelecer as prerrogativas e inibições que os envolvem, em vista da realização de um conjunto de fins mobilizadores que possam servir a comunidade jurídica enquanto jurídica.

No universo dos acórdãos aqui estudados, a motivação jurídica e judiciária neles aduzida designa, de forma muito clara, o lugar, o sentido e o valor da vida humana, no quadro do direito aplicado entre nós. A vida, enquanto *bios*, surge-nos como o valor a partir do qual se desdobra e se organiza a motivação jurídica e judiciária. Mas surge-nos, sobretudo, como valor jurídico concreto, a partir do qual é possível, do nosso ponto de vista, equacionar a possibilidade de uma axiologia jurídica que legitima a função

integradora e reguladora do direito em vista de um fim, o bem comum e a realização da paz judiciária.

Designamos por *motivação jurídica* a argumentação essencialmente constituída por enunciados jurídicos que definem, em última instância, o sentido dos normativos e a solução técnico-jurídica cuja eficácia maior resulta de ser constituída como precedente a ter em conta para a resolução de casos futuros juridicamente semelhantes.

Ao invés motivação judiciária denota antes a actividade de justificação das escolhas operadas, já não em nome da coerência interna do discurso jurídico e sua segurança, mas em nome da harmonização, tanto quanto possível perfeita, dos fins do direito com a legítima expectativa da sociedade que, através de um direito justo justamente aplicado, espera realização do “bem comum”.

À motivação, no seu conjunto, compete, sobretudo, manifestar a coerência interna do direito a aplicar que o liga, por um princípio de coerência narrativa, como diria Dworkin, ao direito que o precede e que, após ele, se estende para o futuro.

De alguma forma, atravessando os dois planos, jurídico e judiciário, surge indelével e onnipresente o traço de uma argumentação ético-moral que estabelece o compromisso do direito com a história e a cultura dos povos, através dos valores que proclama como fundamento e fim último do direito. A argumentação ético-moral cumpre, no campo da *praxis* jurídico-judiciária, um trabalho ritual de refundação e legitimação do próprio direito.

Trata-se então de fazer inflectir a nossa análise para o domínio dos valores, questionando sob o sentido, lugar e função na argumentação jurídico-judiciária. Previamente uma diligência se impõe da dilucidação mesma do que sejam “valores”.

O sentido primordial dos termos “valor”, “bem” e “fim” é o que se obtém do étimo grego “*axia*”, raiz do termo “axiologia” que significa o preço ou o valor de uma coisa. A filosofia escolástica, pelo seu lado, contribuirá para validar o sentido corrente do termo “axiologia” que mais não faz do que tomar aqueles termos como equivalentes. A noção de “bem” é, para a filosofia escolástica, uma noção transcendental equivalente à de “valor”.

Também as noções de “fim” e de “bem” se equivalem, na medida em que o “bem” é, ele também, definido como algo que tem sentido de finalidade, nos termos em que se proclama no aforismo latino: *“bonum habet rationem finis”* (8).

No seu “*Traité de L’Argumentation*”, Perelman define “valor” como “um objecto, um ser ou ideal” que exerce sobre a acção, e sobre a disposição para a acção, uma certa influência. Não tendo embora a pretensão de valer para o auditório universal, horizonte de destinação ajustado a “factos”, “verdades” e “presunções”, os valores são “objectos de acordo que permitem uma comunhão sobre maneiras particulares de agir”, uma vez que eles próprios, tendo origem nos grupos sociais, a eles se destinam.

Por norma os valores têm apenas a pretensão de valer para o auditório particular. No entanto, em domínio algum onde argumentação tenha lugar se dispensa o concurso de valores - do científico ao filosófico, do jurídico ao político, até ao discurso que da acção comunicativa quotidiana. Em todos se exprimem valores e juízos de valor (9).

Os valores têm consigo a força da emocionalidade impulsionadora das acções humanas e, como no-lo lembra Perelman, a sua força persuasiva pode inclusivamente ter a pretensão de valer para o auditório universal. Tal é o caso quando os valores são inseridos em sistemas de crenças, onde ganham o estatuto de “verdades”. Mas, dirá ainda o nosso autor, mais importante do que o valores admitidos por um auditório é a forma como ele fará a sua hierarquia. É este o alcance que comporta a nossa pesquisa adentro da jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal de Justiça.

A esta mesma luz, cuidaremos de perceber no ponto terceiro deste capítulo (3.3), numa perspectiva sincrónica que faremos assentar na análise de conteúdo dos acórdãos, não apenas que valores acompanham a argumentação que exprime a motivação judiciária, como ainda a forma como interdependem e, eventualmente, se hierarquizam conjuntural ou definitivamente e, bem assim, os riscos que esta segunda eventualidade comportaria.

Para a economia da reflexão sincrónica que então nos caberá fazer, atenhamo-nos ainda neste, à apreciação, em escopo diacrónico, do direito à vida.

Na sua *Introdução à Ciência do Direito* (10), Sternberg, dá-nos conta das inflexões mais significativas que marcam a evolução histórica do *direito à vida*. Ao cristianismo se deve, segundo ele, o mérito de transformar o direito à vida num direito extensivo a todos os homens. A evolução histórica precedente tinha levado a considerar o direito à vida como um direito apenas daqueles que detinham cumulativamente o direito de pessoa.

De entre estes, alguns tinham o direito de, livremente, dar a morte. Os escravos, cuja condição era a de serem apenas coisas, eram primeiros numa listagem onde cabiam igualmente os servos, frequentemente os estrangeiros e já, então, os judeus. Nem mesmo as pessoas consideradas livres, mas de condição social inferior, estavam a salvo deste *jus vitae et neccis*.

O direito de dar livremente a morte a comerciantes e camponeses foi exercido pelos cavaleiros europeus e pelos samurais japoneses até muito tarde. Quanto aos primeiros o direito de morte cessou apenas quando lhes foi arrebatado pelo senhor territorial; quanto aos segundos é indicada a data de 1868 como o momento histórico da supressão aos samurais do direito de darem livremente a morte. A partir da extinção deste privilégio, o poder central estabeleceu penas pesadas para quem, com dolo, desse a morte a alguém. As penas que correspondem à violação do direito à vida começaram por ser, a da retribuição directa da pena de morte ou grave penalização económica.

O nosso Direito Penal evoluiu para a consideração exclusiva de penas de prisão para a prática do crime de homicídio voluntário, cuja forma mais agravada é prevista e punível nos termos do art. 132º do Código Penal, para além da indemnização que, em termos cíveis, for devida.

Sternberg sustenta que o indivíduo e a vida não estão, entre si, numa mera relação de sujeito jurídico e objecto jurídico, uma vez que a vida, como uma *potência poderosa* que é, se coloca *acima do indivíduo, envolvendo-o*. Indivíduo e vida, diz o nosso autor, mantêm uma relação tal que à mútua dependência se vem a acrescentar a assunção simétrica de papéis no que respeita ao estatuto ontológico de cada um: “Também face a ele a vida é um sujeito e ele objecto deste sujeito, *vida*” (11).

Neste quadro de considerações, a vida é definida como potência cuja vontade de conservação não consente ao indivíduo a pleno direito e liberdade de dispor dela como algo exclusivamente seu.

Em termos essenciais, este ponto de vista coincide com os preceitos da doutrina cristã que condenam o suicídio e é igualmente próximo dos pressupostos doutrinários sobre os quais, nos países ocidentais, o direito vigente motiva, em sentido largo, a interdição da eutanásia e pune toda a facilitação e ajuda directa à consumação do suicídio (12).

Poder-se-á dizer que o nosso direito não pune o suicídio pela simples impossibilidade prática de estabelecer uma pena. No entanto essa não foi uma razão suficiente para que o mero suicídio tivesse sido considerado crime em países como a Inglaterra, Estados Unidos da América e Hungria.

As razões que assistem ao ponto de vista que recusa em absoluto punir o mero suicídio, prender-se-ão antes com o facto de o direito moderno reconhecer que a vida, apesar de *potência poderosa* que é, não é o maior de todos os bens. E se outros se lhe sobrepõem, como a honra, a liberdade e a capacidade de agir, as suas determinações não podem impor-se de maneira absoluta ao indivíduo para quem, como defende Sternberg, um suicídio pode ser possível na base daqueles motivos.

Não faria nenhum sentido, seja do ponto de vista moral, seja do ponto de vista das possibilidades técnico-jurídicas, investigar em cada caso de suicídio se fora em nome destes ou de outros valores que o mesmo se consumara. Além de que nos parece que, não obstante a aparência e a possibilidade real de vermos um motivo fútil na origem de actos tão extremos e violentos, o benefício da dúvida e sobretudo o respeito último pela liberdade do outro, devem fazer-nos ter respeito pelo silêncio que lhe sobrevem. A esta luz faz sentido a tese jurídica de que o indivíduo deve poder dispor da sua vida livre e exclusivamente.

No entanto a história passada e presente mostra-nos que a vida humana não foi, e não será porventura proximamente, um direito de personalidade pleno. Depois de todas as inquisições e cruzadas, dos privilégios mais ou menos medievais de cavaleiros de todos os tempos, é pertinente questionar hoje ainda, a legitimidade daqueles que adjudicam para si o direito ilegítimo de Chaïm sobre Abel.

3. 2. - O Direito como ordem ético-normativa

Num estudo publicado em 1941, Langhans (13) faz-nos notar que a fórmula tradicional inibidora “não matarás” resulta de um processo de simplificação da norma ética, intuitiva e primária “respeita a tua vida, respeita a vida do teu semelhante”.

Segundo este autor, as condições de existência obrigam o homem a conhecer os princípios de que depende o equilíbrio necessário à sua própria vida e à vida da colectividade. Trata-se de uma forma de conhecimento intuitivo e espontâneo que sugere, em conformidade com esses princípios, a adopção de regras de conduta que orientem a acção humana para o fim idealizado da sua vida e da vida em sociedade.

As regras de conduta, brotam da consciência dos homens como “expressões normativas” para regular as condições de existência, bem como as *prerrogativas* e as correspondentes *inibições* dessas prerrogativas, em suma como forma de regular o *facere* e o *non facere*.

Mas este surgimento não resulta de um espontâneo e gerador estado de natureza solitário. Todas as normas têm a sua origem no sistema fenomenológico da conduta humana, no quadro das condições de existência da vida em sociedade. Só as *condições de existência* obrigam o homem a reconhecer os princípios que têm de ser respeitados de modo a garantir o equilíbrio necessário à vida do indivíduo e da colectividade.

Os bens e prerrogativas que lhe são conferidas são um património que não pode dispensar para viver. Aprende, por isso, a *regra fundamental das condições de existência* a que todos os homens devem conformar a sua conduta: o respeito pela posse de um património de bens e prerrogativas que lhe são imprescindíveis. O valor da sua própria subsistência biológica encontra, nesta experiência originária e intuitiva o solo da sua afirmação como valor para si e para a comunidade. Intuído no foro íntimo de cada um, o *telos* de uma vida harmoniosa, objectivo último da ética, encontra na vida em comunidade as condições de realização plena. Só aí, ganha sentido pleno o *telos* de uma vida harmoniosa.

Comprometidas que estão com o projecto colectivo e social, é no foro íntimo que as normas éticas desempenham o seu papel, como se foram

bússolas orientadoras do comportamento interior. Na sua projecção na consciência, como se fora um reflexo, reside a sua grande amplitude e eficácia, enquanto princípios e normas de ordem e de harmonia (14).

Todavia, o comportamento do homem em sociedade não pode ser dirigido apenas pela presença deste reflexo na consciência. Em grande parte dos casos é necessária a intervenção de um factor externo que torne coercivo o cumprimento das normas, quando elas, por si só, não tenham a força suficiente para gerar convicção interior que é própria da prática voluntária de quaisquer actos.

A par dos fenómenos éticos ligados à conduta que são, por excelência, fenómenos geradores de normas éticas, existem outros fenómenos, tais como os religiosos, os sociais, económicos e jurídicos que, tal como os primeiros, geram igualmente normas. No entanto, todas elas são geradas no amplo sistema fenomenológico da conduta humana que lhes é comum. As diferenças que as caracterizam são a marca específica da espécie de fenómenos que lhes estão na origem.

Neste sentido - porque se ligam à regulação das condutas humanas tendo em vista a realização de um fim - é apropriado designar como “éticas” todas as normas mencionadas, sejam elas especificamente éticas, ou religiosas, sociais, económicas e jurídicas. Langhans caracteriza assim cada uma destas normas: “essencialmente éticas”, são as que formulam princípios existenciais *a priori* e são produto imediato das condições de existência; “religiosas”, são as normas de contemplação afectiva perante os valores supremos ou absolutos ou normas emergentes do fenómeno religioso; sociais, são as normas que regulam o comportamento social do homem; económicas, são as normas que regulam a conduta do homem perante as riquezas materiais. Mas, sublinha o mesmo autor, pelo facto de todas elas se dirigem à conduta, merecem o designativo de normas éticas (15).

Neste amplo domínio da conduta e da ética, a indispensabilidade das normas, ou o seu grau de necessidade, varia na gravidade das consequências que se desprendem da sua violação: em alguns casos a gravidade das consequências da violação das normas é de valor quase nulo, em outros, porém, as consequências da sua inobservância representam uma autêntica calamidade social, podendo constituir ameaça grave e directa às condições de

existência comuns. Deste modo, a ética conhece e exercita já, no seu todo, o modelo da justa medida que há-de ser o valor exponencial da ética jurídica.

A ética jurídica, pelo seu lado, coloca-nos em presença de preceitos e de normas de conduta necessárias, cujo incumprimento se não consente. E, porque o incumprimento das normas caracteriza, tendencialmente, um abuso sistemático das prerrogativas e uma fuga às inibições, há necessidade de operar o reforço material da norma com sanções, fazendo corresponder à violação um sofrimento ou a não verificação de um bem.

Ora, o que dá força à norma e legitima este reforço material da norma, é a *reação social* que se faz corresponder ao reconhecimento da norma. Se o reconhecimento da norma é essencial para que a norma possa legitimamente impor-se, a reação social acrescenta-lhe um suplemento de valor coercitivo. Quanto maior valor existencial tiver a expressão normativa, mais enérgica terá de ser a censura ou reação social à sua violação.

Em presença de uma norma que, por si só, não é mais do que “uma expressão estática de princípios reguladores”, compete à sociedade organizada fazer dela uma expressão viva da vontade colectiva, que necessita efectuar-se. A reação social que a envolve dá-lhe a força necessária para se impor pela coacção. A isto se reconduz, no essencial a realidade normativa.

Importa dizer que esta realidade normativa é uma abstracção do espírito humano que reduz os grandes princípios condutores a fórmulas simples, operando, para usarmos os termos de Boaventura Sousa Santos, por uma espécie de levantamento cartográfico do real a que corresponde, que recorta, que regula, mas com o qual não pode nunca coincidir. Nem em termos ontológicos, uma vez que a realidade normativa é de outra ordem, nem em razão do âmbito, uma vez que apenas o que é juridicamente relevante tem correspondência na realidade normativa, nem, sobretudo, por uma razão pragmática e de escala. Não é exequível nem funcional uma cartografia jurídica à escala do próprio real.

Face à inevitável contingência, de ter de agir com meios precários sobre um real complexo, levanta-se com justeza a questão de saber como obter, no quadro da aplicação do Direito, o equilíbrio das condições de existência e a expressão valorativa deste mesmo equilíbrio a que chamamos *o justo*.

A solução chega pela via da acção mediadora de *instituições justas*, como sugere Ricoeur. A elas compete introduzir a ponderação da justa distância e correcção necessárias no campo da realidade normativa de molde a adequar a avaliação ética contida na norma ao caso concreto a que se aplica. Tal como Langhans, Paul Ricoeur dá-nos conta de uma experiência ontogénica fundadora da eticidade.

Ao reconhecimento intuitivo e originário dos princípios éticos, a que deve conformar-se toda a conduta humana em sociedade e são garante da salvaguarda das condições de existência da comunidade, que nos propõe Langhans, contrapõe Ricoeur a expectativa ética de uma vitória da palavra sobre a violência, naquela que é a experiência ontogénica originária da indignação face ao injusto por ele considerada (16).

Ricoeur reconduz-nos pelo caminho mítico do regresso a um tempo de experiência originário e longínquo em que sentimos, pela primeira vez, arder em nós o fogo da indignação face a situações típicas de gritante injustiça pelas quais fomos atingidos. Ricoeur apresenta os seguintes quatro paradigmas da nossa sofrida experiência: as “partilhas desiguais”, que considerámos então inaceitáveis; as “promessas não cumpridas”, que abalaram pela primeira vez a nossa confiança inocente na palavra; as “punições sem proporção” que sofremos e as “retribuições não merecidas” que, indevidamente, distinguiram outros que não nós.

Na indignação, teremos experimentado, segundo ele, a expectativa de que uma palavra, instauradora da justa distância entre os antagonistas, pudesse decidir a contenda, sobrepondo-se à violência. Ricoeur completa o seu pensamento dizendo que “*nesta expectativa confusa de uma vitória da palavra sobre a violência consiste a intenção moral da indignação*” (17).

Se é certo que a vingança não serve para realizar a justiça, na medida em que acrescenta violência à violência e, desse modo, origina uma espécie de curto-circuito da justiça, é igualmente seguro que a mera indignação não a realiza também, uma vez que lhe faltam ainda os critérios positivos do justo. Removido o desejo de vingança, que consiste em fazer justiça pelas próprias mãos ou em *acrescentar violência à violência*, é possível confiarmo-nos à justiça, na medida em que ela fará intervir a “justa distância” entre os

antagonistas pela mediação de um terceiro em segundo grau, enquanto representante de uma instituição justa.

Importa perceber, então, que a virtude da justiça só pode estabelecer-se sobre uma relação de distância ao outro. De facto a relação afectiva ou de amizade, paradigma por excelência de toda a comunicação interpessoal, não garante uma boa aplicação da justiça. O outro de quem espero imparcialidade e justiça é necessariamente um “outrem”, aquele que é enunciado no princípio utilitarista de Justiça expresso no adágio latino: “*suum cuique tribuere*” (a cada um aquilo que é seu) em que o outro é “cada um”.

É este o sentido das palavras de Ricoeur: “*A virtude da justiça estabelece-se sobre uma relação de distância ao outro tão originária como a relação de proximidade a outrem oferece no seu rosto e na sua voz. Esta relação ao outro é, se assim se pode dizer, imediatamente mediatizada pela instituição*” (18).

As incidências desta reflexão de Ricoeur sobre o justo são particularmente fecundas nas apreciações valorativas que se farão na apreciação das condutas sobre as quais recai já uma *reação social* muito forte e importa distinguir radicalmente entre a essencialidade do crime e do castigo.

Importa reter, por último que o projecto de realização ética em Ricoeur passa pela ideia de perfeição de uma vida, que se acaba e perfectibiliza, no quadro de instituições justas. O predicado que qualifica moralmente a acção humana é o predicado *Bom*, na medida em que este predicado, como diz Ricoeur, “designa o *telos* de uma vida inteira em busca daquilo que os agentes humanos podem considerar um acabamento, um coroamento feliz” (19).

Neste quadro, e muito à semelhança do que refere Langhans, o *justo* faz parte, antes de mais, do desejo, da falta e voto de acabamento de uma vida, uma vez que a vontade de viver em instituições justas releva do mesmo nível de moralidade que o anelo de realização pessoal. O *justo*, considera Ricoeur, enuncia-se num optativo, antes se enunciar num imperativo. Esta mesma circunstância permite a Ricoeur inferir algo que para a economia deste trabalho nos é particularmente caro: “Está aí a marca do seu enraizamento na vida (na vida como *bios*, mais que *zoe*)” (20).

Este reconhecimento pode ser um índice valorativo de vulto na nossa procura de uma axiologia jurídica onde o *valor vida* tenha lugar.

Como vimos acima, esta passagem do optativo ao imperativo resulta da necessidade prática de promover o reforço da norma, segundo Langhans.

Mediando a relação entre a norma e o caso, numa função correctiva, opera o “elemento funcional determinante do justo”, que se chama *equidade*. A *equidade* é mesmo a unidade de medida na relação entre a realidade normativa e a realidade concreta.

Estão assim reunidos os elementos constitutivos do fenómeno jurídico e através dos quais, diz Langhans, se realiza a justiça, a saber: o fenómeno normativo, o fenómeno do caso concreto (ou fenómeno social) e o fenómeno da equidade. O fenómeno jurídico é a tendência necessária para obter o grau de equilíbrio, isto é, o *justo*, recorrendo, para o efeito, à publicação, à força e à arbitragem.

Uma vez em movimento, sublinha o nosso autor, os dados fenomenológicos do jurídico consequenciam: a integração da norma na ordem jurídica, o que lhe confere especial eficácia no reconhecimento solene e público da sua força coactiva; a existência de um facto capaz de provocar a actuação da norma; a natureza do facto determina a natureza da norma; postos assim em função um do outro, o facto e a integração da norma, produzem-se variadíssimos efeitos.

Importante é ter presente que esta disposição frente a frente da norma e do facto visa sempre atingir um objectivo ético - a realização da justiça. Realizada a justiça, realiza-se o equilíbrio necessário à harmonia universal. A essência pura do fenómeno jurídico reside neste equilíbrio: equilíbrio das condições de existência, das prerrogativas e das inibições do homem. Nesta essência pura do fenómeno jurídico estará o fundamento do direito.

De alguma forma, estes princípios de ordem e de harmonia conferem à intuição das normas éticas um inegável sentido estético que pode estimular os investigadores das ciências jurídicas a seguirem pelo caminho de pesquisa já iniciado por Hannah Arendt, em torno da 3ª Crítica de Kant, isto é, a “Crítica da Faculdade de Julgar”.

Para finalizar importa ter presente que os princípios gerais do direito entram na própria substância dos fenómenos jurídicos. São eles que

estabelecem os grandes traços de cada sistema jurídico. Eles enunciam a orientação dada pelos princípios existenciais e, através deles, obtemos a noção mais transcendente do direito.

Em termos objectivos, podemos considerar o Direito como um fenómeno normativo. Em termos imediatos, o Direito revela-se, porém, como complexo de normas reguladoras das relações sociais, determinado pelos fenómenos jurídicos. Neste sentido é também sistema de valores jurídicos. A sua essência não é o elemento da coerção, mas a predisposição para reforçar valores ético-sociais, necessários à disciplina das relações humanas. A fenomenologia do direito consiste na valorização jurídica que é uma valorização da valorização ética.

Tenhamos presente que a gesta da auto-legitimação do direito que se manifesta no esforço teórico no sentido de constituir o *direito do direito*, o solo da sua própria fundamentação e legitimação, é-lhe absolutamente intrínseca como necessária. É tão antiga como a saga da sua própria vigência no ocidente, como ordem normativa reguladora as práticas sociais.

Em excursão, uma vez mais diacrónico, verificamos que a estes horizontes prospectivos tão diversos, quão diversas são as concepções juridico-políticas que os contêm, o direito dos países de cultura ocidental acrescenta ainda, por necessidade de justificação interna, a exigência de um exercício reflexivo que o legitime e o funde.

De alguma forma, este duplo olhar, personificado na já encanecida cabeça de Jano, dá expressão às duas dimensões fundamentais da argumentação ético-moral: a *deontológica*, enquanto discurso de auto-regulação do direito e dos acções humanas juridicamente relevantes, espécie de moral local, circunscrita nos limites de um dado ordenamento jurídico, na medida em que funda a própria normatividade e juridicidade na aplicação do direito aos casos singulares e justifica a coerção; a outra, a *teleológica*, que veicula a dimensão ética da argumentação jurídica, consentânea com a realização dos projectos para uma vida acabada na definição proposta por Ricoeur, que no direito podemos intuir na consecução do *bem comum* de que fala S. Tomás de Aquino ou na realização da *sociedade como empresa de cooperação*, de que fala Ricoeur (21).

Stephen Toulmin propõe que distingamos, justamente, duas formas de argumentação moral: a argumentação teleológica e a argumentação deontológica. A argumentação teleológica serve para justificar, quer uma acção, quer uma regra sob o argumento de que elas causam menores danos que a alternativa discutida, contribuindo, assim, de forma directa, para realizar o fim último da ética - *evitar o sofrimento evitável*; a argumentação deontológica, pelo seu lado, serve para justificar uma acção invocando uma regra moral vigente e só indirectamente contribui para o almejado fim da ética, uma vez que “na medida em que as normas morais vigentes numa sociedade harmonizem a vida em comum dos homens de tal maneira que se evite o sofrimento evitável” (22).

Stephen Toulmin define a ética como: “A função da ética é *correlacionar os nossos sentimentos e conduta de tal maneira que o cumprimento dos fins e desejos de cada um resultem entre si tão compatíveis quanto seja possível. A ética refere-se à satisfação harmoniosa de desejos e interesses. Com o cumprimento desta tarefa serve a ética a sua meta mais elevada, evitar o sofrimento evitável*” (23).

Este quadro justifica, por si, a razão pela qual a argumentação teleológica é a linguagem por excelência da Ética em Stephen Toulmin.

Estas duas formas de argumentação moral, *deontológica* e *teleológica* consequenciam dois níveis de argumentação moral distintos: o primeiro, que corresponde à forma de *argumentação deontológica*, usa-se para produzir a justificação das acções individuais; o segundo, que corresponde à forma de argumentação teleológica, usado preferencialmente para justificar as regras morais vigentes, designadamente nos casos em que estas colidam, ou não seja aplicável ao caso concreto nenhuma das regras vigentes na sociedade.

Na outra vertente, a exigência deontológica do Direito que toma para si, como exigência intrínseca, a necessidade da sua própria auto-fundamentação, é bem expressa por François Edwald, nestes termos: “É um facto: não há direito sem um direito do direito. Não há direito positivo, não há ordem ou sistemas jurídicos positivos sem uma instância de reflexão do direito sobre si próprio” (24).

Para Kelsen esta reflexividade do direito sobre si próprio, resulta de uma exigência de natureza lógica, uma vez que toda a norma jurídica positiva pressupõe a existência prévia uma outra que lhe confere a juridicidade.

Mas, lembra Edwald, uma vez que a norma não se identifica com qualquer artigo do código, nem com o texto da lei, nem mesmo com o seu sentido, é “algo que depende e reenvia a essa instância normativa que é o direito do direito” (25). Neste sentido o processo interpretativo é, por excelência, a instância de produção de normas e de legitimação deontológica do próprio direito, enquanto direito em acção.

De facto, faz sentido dizer que a reflexividade exigida ao direito, sobre si próprio, é hoje uma exigência de difícil concretização fora de um quadro de uma autofundação tautológica de um Direito que se funda na lei, face a uma relativa falência da empresa de construção de um sistema jurídico pela via de solução jusnaturalista que durante séculos foi depositária desta exigência lógica, mas também ética de um direito do direito.

Mas, em todo o caso, o momento interpretativo pode e deve ser um momento de abertura e, por isso, momento não apenas de produção e revelação de normas, mas sobretudo de criação de *poiética* no sentido pleno. Daí que nos pareça pouco fecunda a hipótese de uma *autopoiésis* com requebros de um exercício exegeta, submetida a determinações de uma racionalidade jurídica fechada.

O problema que aqui se nos levanta é o de saber quais são as condições de possibilidade de uma deontologia jurídica que se confine apenas à consideração das regras de justificação interna, o que é dizer, que se atenha exclusiva e determinadamente à função de dar consistência à lógica interna do sistema do direito positivo. Um tal desígnio configura, à escala do pessimismo de cada um, quer uma concepção monadológica, no sentido Libniziano do termo, quer um sistema fechado sobre si próprio, na rota da sua inevitável entropia.

Pessoalmente inclinamo-nos perante a possibilidade de poder ser este o resultado final mais previsível de um esforço autopoiético que não configure uma ordem deontológica aberta ao universo dos infinitos mundos da ordem teleológica, através de uma abertura aos valores socialmente admitidos e à admissão inequívoca de uma racionalidade argumentativa.

Como forma integrar os diversos contributos da reflexão desenvolvida neste ponto (3.3), sobre a realidade ético normativa do Direito, propomo-nos trazer aqui, com mero propósito ilustrativo, o contributo de uma abordagem sistémica, numa tentativa de porventura dar à nossa reflexão uma melhor perspectiva do conjunto.

Em termos que hoje podemos considerar clássicos, Ludwig Von Bertalanffy (26) define “sistema” como um “conjunto de unidades com inter-relações mútuas” (27). A insuficiência desta definição foi prontamente suprida pelos que aderiram à nova Disciplina, ao fazerem relevar nela um conjunto mais rico e marcante de características que haveriam de passar a integrar a definição de sistema, em sucessivas popostas para uma sua redefinição, a saber: Joël Rosnay (28) sublinhou as noções de “interação”, “organização” e “finalidade”; J. Ladrière (29), a de “complexidade” e Edgar Morin (30), haveria de pôr a tónica na noção de “globalidade/totalidade” como característica fundamental a considerar para a definição de um sistema.

Em síntese, por todos se dirá, que um “sistema” é um conjunto de elementos em interacção dinâmica, organizados numa totalidade (nunca absoluta), em vista de realizar os seus fins. Numa descrição sumária é-nos dado identificar nele um conjunto de “elementos” interagindo entre si através de “redes” e “reservatórios”, tudo sob delimitação de uma “fronteira” que, por regra, é ela mesma uma estrutura aberta à interacção com os demais sistemas, através de trocas de matéria energia e informação. A nossa pele é exemplo dessa fronteira por natureza e função disponível para interagir, por necessidade vital do próprio sistema, com o mundo exterior.

A natureza dos fins que um dado sistema persegue é quase sempre um bom critério para lhe conferir uma identidade própria. Diga-se ainda que a mais imediata e primária das finalidades de um sistema se prende com o seu equilíbrio interno e conservação, em vista de obter o seu *estado estacionário*, ou o seu equilíbrio homeostático.

Tendo por limite uma fronteira, o sistema interage com os demais sistemas, como forma de se furtar à entropia que vitima todo o sistema que se feche sobre si próprio. Negar a entropia passa pelo privilegiar o *interface* com os sistemas que lhe são próximos, assumindo, no limite, como inevitável, a interacção global com o universo. Aliás, como bem e belamente no-lo mostra

Arthur Koestler (31), sendo um “sistema” um “holon”, que nunca é uma totalidade absoluta, manifestam-se nele duas características que são, em termos figurativos e analógicos, “as duas faces de Janus”.

Estas duas faces não são outra coisa que duas propriedades antagónicas, não obstante necessárias e complementares uma da outra: voltada para baixo, a face do “holon” que narcisicamente se vê como sistema completo e deseja ardentemente a autonomia ou “asserção” solitária; votada para cima, a outra face vê a sua dependência de algo, como uma finalidade, que transcende a sua condição de ser individual. O equilíbrio do sistema, resulta, no limite, da relação tencional entre “asserção” e “integração” de que nos fala Koestler e a que Fernando Pessoa se referiu, já em 1920, ao sustentar que o progresso resulta do equilíbrio entre duas forças, o anabolismo e o catabolismo (32)

Fazendo incidir esta problemática no universo que nos ocupa, importa pensar que, por mais diversa que seja a acepção em que tomemos o termo “Direito”, por mais estrita ou amplamente que se tome o seu sentido, concederemos, sem reservas, que efectivamente o Direito é, pela sua natureza e funções, âmbito, meios e fins, uma realização humana complexa que podemos justamente designar pelo nome de “sistema”. Não cabe na natureza e âmbito da nossa reflexão fundamentar todas as mediações inerentes a uma abordagem especificamente sistémica do direito a que teríamos de atender se fora essa a via metodológica da nossa análise, em proximidade com a reflexão de autores como N. Luhmann.

No entanto, parece-nos importante sublinhar, em vista de uma melhor compreensão da especificidade do sistema jurídico, que este mantém um singular interface, diremos mesmo privilegiado, com o sistema político. Diríamos mesmo que, tal como Janus que se descobre como todo, importa que se não fixe narcisicamente na sua estrita autopoiese, desviando o seu olhar dessa outra fundamental relação com algo que é a sua finalidade última - a pessoa humana, como melhor haveremos de mostrar. Daí que isso mesmo se manifesta na sua “permeabilidade (...) às infiltrações (como que por ósmose) da política”, como refere Fernando Bronze em *A metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*. Configura, por isso, o quadro de uma relação privilegiada, “que faz do direito um universo especialmente sensível às

variações operadas naqueloutro hemisfério”, importa ter presente então o que, sob um ponto de vista funcional, torna intrinsecamente distintos, enquanto sistemas, o direito e o político (33).

E o factor distintivo não é outro que o *código autonomizador do sistema jurídico*, já enunciado por N. Luhmann, e que se manifesta na contraposição “justo/injusto”. Ora, as categorias, contidas nesta dissociação, conferem ao sistema jurídico a “sua auto-suficiência intencional” (segundo o mesmo A.) e permite-lhe distinguir-se de outro qualquer sistema. Nesta basilar oposição entre “justo/injusto” radica, segundo Luhmann e Bronze, a *segurança nuclear* do direito que, assim, dá como “justa” toda a situação juridicamente fundamentada e como “injusta” a sua inversa.

E nessa perspectiva, nem a *insegurança derivada*, isto é, a “que se situa ao nível das decisões problemáticas que têm de ser tomadas em cada específico horizonte temático, mas já dentro do *campus* da juridicidade” parece abalar a segurança básica do sistema. Cabe a um juízo prudencial estabelecer a linha de fronteira entre a esfera do direito propriamente dito, onde se “exige uma reflexão *intencionalmente* problematizante”, e o horizonte pré-circunscrito pelos “casos controvertidos”, cuja solução radica, segundo Bronze, “numa ponderação *metodonomologicamente* orientada”. No entanto, num caso como no outro, não se dispensa nunca o concurso de uma argumentação convincente como forma de obter os fundamentos que avalizam a decisão que haja sido encontrada (34).

Vimos a este limiar para sustentar que, tendo particularmente em conta a relação imediata do Direito com as práticas humanas, a natureza valorativa da sua linguagem, a natureza necessariamente vaga de alguns conceitos e noções de que se serve, como a de *justiça*, bem como a origem e finalidade das suas normas, em nenhuma circunstância nos revemos na concepção de um positivismo estrito que faça do Direito um sistema fechado, completo, regido pelos princípios lógico-formais da apodicticidade.

Nem mesmo a reconhecida circunstância da intransmissibilidade do *código individualizador do sistema jurídico* para outros sub-sistemas sociais é, para Luhmann, impedimento da refacção efectiva dos efeitos do direito na sociedade. Segundo parece, só os mais obstinados profetas de uma concepção monádica do direito persistem na tentativa de salvar, a todo o

custo, “o equilíbrio estético da construção”, argumentando que os sobreditos “efeitos do direito” se passam ainda “no sistema jurídico” (35).

Não é hoje concebível a possibilidade de uma regulação jurídica das sociedades contemporâneas e das suas complexas relações, sem o limiar necessário de juridicidade constituído por um conjunto finito de regras de direito positivo, quanto é também certo que o direito positivo está longe de ser todo o direito. Em todo o caso revela ainda a questão de que a própria complexidade das sociedades reforça a ideia de que não é possível prever uma cartografia de normas que preveja, à escala do real, todas as situações a que deve aplicar-se e, menos ainda, que o se faça com carácter definitivo numa sociedade em mudança.

Na sua “Sociologia do Direito”, Max Weber define a concepção sistémico-positivista como *“a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os factos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas, ou caso contrario, a sua ordem abdica da garantia essencial”* (36).

Afastamos, assim, a tentação de Bobbio, de fazer aproximar o rigor do Direito do rigor das matemáticas, ou a de Kelsen que pretendia ver no Direito apenas uma ordem fechada (37), ou mesmo a dos filósofos alemães partidários da chamada “jurisprudência dos conceitos”, entre os quais destacamos Karl Larenz .

Na atenção a estes pressupostos, é possível conceber uma representação sistémica do Direito à semelhança daquela que nos disponibiliza Canaris e que define o Direito como sistema ético-normativo.

Este autor reconhece a falência da tentativa de conceber uma ordem jurídica concreta submetida a uma concepção sistémico-dedutiva ou lógico-formal, uma vez que, do seu ponto de vista, uma tal sistema é absolutamente “inadequado para exprimir a unidade interior e a adequação de determinada ordem jurídica positiva” (38).

A unidade interna de sentido sobre a qual pode ser construído um sistema de Direito, identifica-a Canaris com a “Regra de Justiça”, cuja formulação mais famosa nos é dada por Perelman no seu texto “De la Justice”,

nestes termos: *“Os seres de uma mesma natureza essencial devem ser tratados da mesma maneira”*.

Não obstante se tratar de uma regra de justiça formal, e ter sido elaborada ainda num espírito positivista, como o próprio Perelman haveria de reconhecer muito mais tarde, a Regra de Justiça não corresponde, segundo Canaris, a uma derivação da ideia de justiça de tipo lógico. Esta formulação da “Regra de Justiça” pode constituir-se, de facto, como unidade interna de sentido do Direito, mas a “Justiça” para que aponta é do tipo valorativo ou axiológico, tanto em Canaris, como em Perelman. E, deste modo, o ordenamento jurídico que a pressuponha como unidade interna de sentido só pode ser, ele também, um sistema axiológico-normativo.

O sistema do Direito, assim entendido, necessita de executar internamente tarefas de adequação e conexão entre os vários valores que integram o sistema. E é mais do que certo que a lógica formal, pela sua própria natureza, não pode, de forma alguma, prestar-lhe este serviço. Daí a importância da emergência da Teoria da Argumentação como critério de racionalidade e discursividade técnica apta a imprimir, internamente, a adequação e conexão dos valores do Direito, e a exprimir, externamente, a natureza dos seus fins.

Canaris fundamenta na obra citada a ideia de que, uma vez reconhecida a derivação de um dado ordenamento jurídico a partir da regra de justiça só pode ser pelas razões acima expostas uma ordenação axiológica ou teleológica. Mas, recomenda Canaris, não deve tomar-se o termo “axiológica (o)” na acepção de algo que sendo meio está em pura conexão com um fim. O sentido que ele reclama para uma ordem teleológica como ele a entende é um *“sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores, portanto no sentido no qual a “jurisprudência das valorações”, é equiparada à jurisprudência “teleológica” (39).*

Precavendo-se contra o argumento, simétrico deste e seu oposto, que eventualmente pudesse ser invocado pelos mentores da “jurisprudência dos conceitos” (da escola do positivismo), Canaris sublinha que a filiação na regra de justiça não basta para que uma tal ordenação axiológica e teleológica se possa constituir apenas por si só. Poder-se-ia contrapor, por exemplo que a “jurisprudência dos conceitos” poderia, ela também, da ideia de que *existe um*

sistema lógico ou de que *não há nenhum sistema lógico*. Não falta quem, como Ulrich Klug (40) considere, por exemplo, o significado da ideia de sistema como uma demonstração essencial do peso do pensamento lógico-formal na Ciência do Direito, invocando mesmo que o conceito de sistema é já por si “especificamente lógico”, fazendo crer que “só a lógica permite determinar onde existe, afinal, um autêntico sistema” (41).

Canaris contrapõe, no entanto, dizendo ser abusivo limitar o conceito de sistema ao sistema lógico-formal. Para fugir a esta dificuldade há autores, como Coing (42) por exemplo, que optam por considerar uso lógico-formal do conceito como o sentido mais estrito de sistema e, para além deste, um uso mais amplo de sistema que conviria a um sistema teleológico.

De qualquer forma, sustenta Canaris que um sistema não é mais do que uma tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com meios racionais. Em face desta sua reflexão nós pensamos que não é admissível considerar a racionalidade lógico-formal como a única forma de racionalidade capaz de captar e exprimir racionalmente a unidade e ordem de um determinado domínio material.

Vale, como corolário desta questão específica, em torno da legitimidade dos usos do conceito de sistema, ficar com as palavras do nosso autor: *“quem negue a possibilidade de um sistema teleológico nega, com isso, igualmente a possibilidade de captar racionalmente a adequação do pensamento teleológico e, com isso, também a possibilidade de exercer racionalmente a jurisprudência, no seu âmbito decisivo; pois os sistema, no sentido aqui entendido (...) não é, por definição, justamente mais do que a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas”* (43).

Canaris configura a possibilidade de constituição de um sistema axiológico e teleológico operando autonomamente face ao empreendimento da Ciência do Direito. Compete ao pensamento jurídico na sua aparência de discurso “lógico” e que procede da Ciência do Direito, resolver os problemas específicos da jurisprudência. Ao pensamento axiológico e teleológico compete, pelo seu lado, conduzir a argumentação, promovendo as adequações necessárias e revelando o seu “poder convincente”.

Importa sublinhar ainda que, para Canaris, a hipótese da demonstrabilidade racional da adequação do pensamento jurídico-axiológico é

mesmo a condição de possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, muito particularmente o “*pressuposto de um cumprimento, racionalmente orientado e racionalmente demonstrável, do princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença*” (44).

Não está assim nas atribuições do pensamento teleológico, acrescenta Canaris, encontrar uma regulação justa que estivesse contida nele como se fosse um *a priori* do seu conteúdo, à semelhança de norma jusnaturalista. Mas é das suas atribuições retirar todas as consequências da aplicação de um valor primário, promovendo a sua confrontação com casos similares, bem como resolver as contradições eventualmente existentes com os valores já aplicados e prevenir contradições decorrentes do aparecimento de novos valores.

Em conexão estreita com a realização da justiça material, releva, por fim, como tarefa de excelência a cumprir pelo pensamento teleológico, o garantir a adequação formal em consonância com a sua justificação, a partir do princípio “formal” da igualdade (45).

3. 3. - A vida valor ético-jurídico regulador da conduta humana

A vida humana sempre teve, na tradição cultural do ocidente, um valor certo, um valor juridicamente tutelado desde a sua inscrição na Tábua da Lei entregue por Deus a Moisés. A promulgação do interdito “não matarás” na Lei mosaica veio ratificar, pela via legislativa talmúdica, *promulgada* no acto jurídico constituinte da cultura judaico-cristã no monte Sinai, um preceito ético-normativo que já estava inscrito, de forma indelével, na memória povo judaico, desde a narração mítica do primeiro homicídio “*ulgado*” da cultura ocidental - a morte de Abel às mãos de Chaïm.

Na consideração dos elementos objectivos e subjectivos dados como provados e que os Livros Sagrados “motivam”, a morte de Abel pelo seu irmão Chaïm preenche os elementos do tipo (previstos no art. 131.º do Código Penal) e, de forma adicional, os requisitos da *especial censurabilidade e perversidade* previstos no artigo 132.º do mesmo Código, em resultado da sua conformação

aos índices dos exemplos-padrão, contidos nas alíneas f) e g) do n. 2, em virtude de Chaïm ter actuado fazendo uso de *meios insidiosos ou traiçoeiros* e da *frieza de ânimo* presentes na forma e na premeditação do seu plano.

Ao invés, nenhuma circunstância se interpõe com força bastante para afastar a especial censurabilidade e perversidade, pelo que Chaïm foi condenado pela prática do primeiro crime de homicídio qualificado da nossa cultura e condenado à pena de exclusão da comunidade humana e a uma vida de errância e ostensão. Está, assim, introduzida a questão ético-normativa do Direito, através do exercício de qualificação jurídica da ancestral narração mítica do primeiro fratricídio da nossa cultura.

No ponto antecedente vimos que a fórmula “não matarás” começa por ser uma expressão normativa primária, isto é, uma norma ética, que brota da consciência, de forma intuitiva, para ordenar a conduta de cada um.

No quadro da narração mítica acima referida, a condenação de Chaïm integra já o elemento de *reforço material da norma* (a pena aplicada) e a *reacção social*, aqui expressa em linguagem metafórica, na forma de um afastamento para *longe da vista e do coração* da comunidade, a pretender significar definitivamente: “tu não és digno de ser um de nós; a tua conduta fez de ti estrangeiro, um inimigo da nossa comunidade”.

Pela mão da necessidade do *reforço material da norma*, legitimado por uma *reacção social* de censura, entramos propriamente no domínio de uma “axiologia jurídica” que vamos esforçar-nos por construir, indutivamente, escalando a vereda ascendente que tem início na análise valorativa das condutas ilícitas particulares, para depois libertar os valores, como diz Canaris, “do seu isolamento aparente” investindo afoitamente na procura da sua “conexão orgânica” tendo em vista obter um grau de generalização, plano de visibilidade por excelência da “unidade da ordem jurídica”.

Trata-se afinal, em primeiro lugar, de encontrar os *valores*, isto é, os elementos constitutivos de uma ordem teleológica, na opinião de Canaris, e obter logo aí, a intuição da unidade interna e de adequação da ordem jurídica. Nesta tarefa ser-nos-ão *preciosas* as matrizes valorativas de Scheler e Hartmann, em particular deste último, sem desviar o inevitável confronto a crítica.

Segundo Canaris, a mera soma aritmética do *valores* encontrados não pode dar-nos, de modo nenhum, a intuição clara das conexões interiores do sistema axiológico. Essas funções, de intuição da unidade interna e de adequação, permitem aos *valores* promover a adequação do direito aos casos singulares e, dessa forma intervir na resolução dos conflitos, mas são já, também, princípio explicativo do sistema. Daí que nos ocupemos, antes de mais, da questão dos *valores* associados à qualificação jurídica, mas também moral, das conduta ilícitas contra a vida

A ideia de unidade da ordem jurídica parece não se restringir, no entanto, à ideia de unidade interna que aos *valores* compete relevar e revelar, no quadro aplicação do Direito aos casos singulares. Muito pelo contrário, parece-nos que os fins do Direito, enquanto sistema ético-normativo não consentem uma tão restrita confinação a princípios tão regionalmente utilitários.

A nossa pesquisa só pode levar-nos, naturalmente, no encalço da unidade orgânica do todo, o sistema na sua acepção própria, ao lugar onde se encontram os princípios constitutivos deste projecto ético-normativo que é o Direito. Trata-se, como diz Canaris, de “apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante” (46), movimento que, como se disse, é essencial para libertar os *valores* do seu aparente isolamento em ordem a integrarem uma explicação da unidade da ordem jurídica.

Esta perspectiva panorâmica, de uma focagem de *grande angular*, é-nos dada pela acção de princípios gerais explicativos, os princípios gerais do Direito. Sob eles, ou sobre eles (tanto importa) estrutura-se a dimensão ética e normativa do ordenamento jurídico. A nossa opção metodológica não deverá impedir-nos de olhar, de quando em vez, para o cume, em busca de uma referência orientadora da nossa marcha. E, então, neste específica problema do “fundamento” haveremos de definir, de par com aqueles, um horizonte de valores, proposto por Castanheira Neves, na forma de uma comunitária “síntese axiológica” de referência.

A motivação judiciária, como exercício ético-normativo integrador da *vida no direito*, pelo labor de fundamentação que cumpre, é a carta por que nos guiamos, uma vez que ela representa, no quadro de todos os suportes de

um qualquer ordenamento jurídico, aquele cuja escala mais se aproxima de uma sobreposição ao real.

Não esqueçamos, porém, que esta aproximação focal do direito ao real sob sua jurisdição, através da motivação, não ilide nunca a justa distância introduzida pela norma e pela instituição, condição estrutural para haver justiça, como vimos com Paul Ricoeur. Por esta razão, à nossa carta de escalada não importam as *idiossincrasias* pictóricas de cada caso, mas apenas "os elementos do tipo" de cada conduta ilícita padrão, bem como os índices gerais da sua apreciação e qualificação ético-normativa.

As propostas axiológicas de Scheler e Hartmann são dois dispositivos técnicos de grande importância nesta escalada, sendo certo que temos presente o propósito de construir os nossos próprios instrumentos, após fazermos uso reflexivo destes que amavelmente nos disponibilizam estes autores.

Max Scheler, estabelece dois critérios fundamentais para a determinação daquilo que se há-de fazer, ou da bondade moral, ou, se quisermos ainda, para orientar a conduta:

O primeiro, designa-o Scheler como o *critério da positividade do valor*, o segundo o *critério da preferência do valor mais elevado* sobre o que for mais baixo. O critério da positividade, aplicado à ordem da realidade, deixa-se ilustrar pela contraposição dos termos *agradável / desagradável*.

A este nível, pareceria mentalmente insana a pessoa, pelo menos segundo o critério do senso comum, que orientasse a sua vida para a realização do segundo, o desagradável, em vez do primeiro. No que respeita ao domínio da moralidade, que aqui particularmente nos ocupa, importa adequar este critério positivo para que nos permita decidir o que fazer em presença, não do que ocorre, mas *do que deve ocorrer*. É o caso quando nos confrontamos com pares de valores como benéfico/prejudicial para a saúde, verdadeiro ou falso, et al.

Ora, a facilidade e clareza de escolha, bem como a promoção de uma boa adequação destes valores, são agora prerrogativas de quem opere na ordem do dever ser, isto é, sob o ponto de vista daquilo que é moralmente digno de preferência. No plano da moralidade é clara a opção pelo que é benéfico à saúde ou pelo que é verdadeiro.

As dificuldades de escolhas seriam maiores se tentássemos adequá-los à ordem dos factos, onde, então, as escolhas haveriam de ser bem mais problemáticas, com alegações como, por exemplo: “que diabo, a vida não são dois dias; mais vale uma vida curta, plenamente vivida, que uma vida longa mas cheia de privações”.

Quanto ao segundo critério, para bem orientar a conduta e a escolha entre valores, e que Scheler enuncia como “preferência do valor mais elevado sobre o valor mais baixo”, importa dizer que no seu uso correcto, isto é, em circunstâncias iguais, o critério apresenta-se como evidente. Tomemos por exemplo o par de conceitos opostos que Platão enuncia no *Górgias*: cozinha/medicina.

Admitamos que esteja muito generalizada, ao nível da prática comum, a preferência pelo prazer da mesa, sobre os cuidados de contenção bulímica dos prazeres da boca. Mas é seguramente certo que, mesmo no fundo de uma bulimia incorrigível, com é aliás evidente ao nível do senso comum, se acende sempre a luzinha da valorização da saúde como valor essencial, que sobreleva ao dos prazeres da mesa, uma vez que, no limite, ele é condição necessária para a concretização de todos os prazeres da vida.

É possível a partir deste valor limiar da saúde do corpo, encontrar outros que lhe são superiores, do ponto de vista ético-moral. E, para ilustrar isto mesmo, basta apenas pensar no se diria de alguém que elegendo apenas a saúde do corpo como único bem, por muito moralmente que o fizesse, não se entregasse, podendo, a ocupações mais elevadas, como a de valorizar as outras dimensões que o definem como ser humano e social, como ser que se realiza com e para os outros, na riqueza de todos os sentidos que definem o *homem rico*, no jovem Marx. Confinar-se-ia a um horizonte nublado, imediatamente aquém dos prazeres da produção e/ou fruição estética do mundo. Nessa originária opção formar-se-ia, provavelmente também, a uma visão míope do horizonte dos valores da liberdade e da justiça e da vida em comum.

É legítimo que cada um hierarquize como lhe aprouver os valores porque se rege, conquanto que o faça sob orientação de um *telos* de uma vida harmoniosa e de auto-realização, no quadro do respeito pelo princípio da

reciprocidade nas trocas que promove, para aquele fim, com os concidadãos e com a sociedade política.

Do nosso ponto de vista, o exercício, em plena liberdade, dos direitos de personalidade, na medida em que são prerrogativas conferidas pela sociedade a cada um, deverão sempre trazer de volta, por um princípio de reciprocidade, o dever ético-deontológico de compatibilizar a realização dos fins próprios com os fins da sociedade, enquanto esta seja, de facto, empresa de cooperação e de realização de fins e não um estado totalitário.

Pelo seu lado J. M.^a Paniagua acredita, por uma questão de evidência do princípio, “que los valores más altos han de realizarse de suyo con preferencia a los menos elevados” (47).

Detenhamo-nos, agora, no estudo da escala ascendente de valores que Max Scheler nos propõe:

- 1 - Valores do agradável e do desagradável;
- 2 - Valores vitais;
- 3 - Valores espirituais:
 - a) valores artísticos;
 - b) valores da justiça (jurídicos);
 - c) valores de conhecimento da verdade.
- 4 - Valores religiosos.

Impõe-se-nos, antes de mais, constatar que Max Scheler não autonomiza, nesta sua escala, os valores morais. E não o faz pela circunstância mesma de que as acções morais, como faremos relevar no momento seguinte, em que analisaremos as implicações éticas da conduta ilícita, não conhecem em Max Scheler uma autonomia própria, não existem apenas por si. De facto os valores morais realizam-se através de outros valores. Não é ética, nem moral a conduta que apenas se quer exhibir como tal. Belo princípio este de Scheler!

Consideremos agora, ainda que brevemente, a ética dos valores de N. Hartmann. Na sua obra *Ethik*, o autor propõe, como correlato do valor “altura” de Scheler, a “*força do valor*”, circunstância que lhe permite encarar os valores do ponto de vista da sua incidência prática quotidiana. Digamos, no entanto, que os valores em correlação (hierarquizados segundo o critério da sua altura,

versus aqueles que se hierarquizam segundo o seu peso real na vida quotidiana) não se anulam nem se contradizem, uma vez que, estando subordinados a uma distinta concepção metodológica, percorrem em sentido inverso o caminho circular em que hão-de reciprocamente completar-se.

Esta postura distinta é para nós particularmente fecunda, na medida em que a segunda corrige a trajectória da primeira, para um rumo que se nos revela, no limite, extremamente fecundo. De facto, Hartmann propõe como limiar da sua escala hierárquica de valores os “valores mais fortes”, entenda-se, os valores mais elementares e menos condicionados. Esta concepção de Hartmann relativamente aos valores parece apresentar alguma coerência com a própria doutrina metafísica do autor sobre os “estratos da realidade”.

Segundo Hartmann, a razão pela qual o senso comum se esforça por garantir, prioritariamente, a realização dos valores mais baixos, tem que ver com o facto de que a sua realização é a condição para a realização dos mais altos. Diz com muito propósito: *“Aquele que está faminto ou sofre no seu corpo, carece de sensibilidade para os desfrutes espirituais”* (48).

Este profundo sentido de realidade parece não querer subverter, em termos ontico-valorativos, a hierarquia que Scheler, elaborada com base no critério da altura ou excelência do valor. A intuição de Hartmann tem o mérito de reconhecer que a realização dos chamados valores superiores no homem, no quadro em que se jogam as suas condições de existência, está condicionada à realização dos chamados valores inferiores. E isso é para nós de grande relevância, na medida em partimos da postulação do valor da vida humana para o inserir num quadro comunitário e universal de justiça.

Hartmann fundamenta o seu ponto de vista recorrendo à analogia entre hierarquias de valores e a construção de uma casa, de que resulta um *transfert* de valor normativo (para falarmos em termos perelmanianos), do *thema* para o *phore*, onde se afirma que, do mesmo modo *“a autêntica moralidade tem que construir-se de baixo para cima e trabalhar muito tempo nos fundações; e tanto mais, quanto mais alto se quiser construir, porque tanto mais terão de aguentar as fundações”* (49).

Aliás, como forma de tornar mais fácil a aplicação da regra acima enunciada - que proclama a maior força e urgência dos valores inferiores - Hartmann distingue “valores de bens” de “valores de virtude ou valores morais”.

Esta distinção configura, naturalmente, dois domínios muito distintos, de tal forma que nos é imediatamente perceptível a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de aplicar com igual força em ambos a lei que confere mais força e urgência aos valores inferiores.

Mas, lembra-nos Hartmann que a marca da cultura cristã-ocidental está presente na própria hierarquização interna na esfera dos “*valores de bens*”. Mas, sublinha o autor, não obstante serem, por força da tradição cultural, mais elevados neste domínio os valores espirituais, é por demais evidente que, por regra, é mais grave a perda dos bens materiais. A razão que determina esta subversão da hierarquia dos valores no plano da *praxis*, conferindo mais gravidade à perda de bens materiais, por comparação com a da não realização de valores espirituais, é o reconhecimento de que os primeiros são valores que se ligam as próprias condições de sobrevivência da espécie humana e possibilitam a concretização das condições imprescindíveis para a vida individual e colectiva.

Nestes termos é coerente concluir, a partir do pensamento de Hartmann e da nossa própria verificação empírica, que no universo dos valores das sociedades contemporâneas parecem ganhar prevalência os valores relativos à *propriedade e uso dos bens materiais*, encimados pela vida enquanto valor biológico. Não espanta, por isso, que eles tenham mais força e peso que os valores espirituais. A medida vincadamente forte das penas para os crimes de homicídio, de par com a *reação social* e a culpabilidade mais grave que acompanham a sua violação, ilustram bem, do nosso ponto de vista, a intuição de Hartmann de propor uma hierarquia de valores alicerçada no critério dos “valores mais fortes”, que Reiner prefere designar como “urgência do valor”. Os valores mais fortes ou mais urgentes são aqueles que estão ligados à sobrevivência da espécie humana.

De facto, a ameaça que mais gravemente atenta contra o ser humano é a que põe em perigo, sob ameaça ou através de liquidação efectiva, o valor essencial da vida.

Não obstante, é observável que no quadro de uma fenomenologia do “simples viver” o *valor vida* não é objecto de consideração uniforme, nem bastante. Algo se passa como se, no seu existir, o *valor vida* tivesse a afectá-lo um desvalor com que o abandona a um atribulado e precário existir, num limiar

auto-regulador de índole liberal e neo-liberal, onde é frequente a sua extrema degradação sempre que inserido em condições de existência precárias. Todo o processo de alienação da força de trabalho, no modo de produção capitalista, denunciada por Marx, foi a sua mais paradigmática ilustração no tempo da revolução industrial. Hoje, por novas formas de constrangimento da pessoa-humana, que não são já as do controle disciplinar institucional do século XIX, mas as que poderão resultar da perversão gerada por um novo dinamismo sedução/consumo, indutor de cínicos consensos em que participam activa e (in)conscientemente os *Média*, de que nos falamos, no primeiro sentido Gilles Lipovetsky, em *A Era do Vazio* (50), e no segundo sentido Noam Chomsky na sua excelente obra *Manufacturing Consent* (51).

A sedução tem hoje compromisso com uma forma de dar a morte e a submissão a largas fatias de uma humanidade que vai mirrando à míngua do tudo que, cada vez mais é apropriado por um cada vez mais reduzido número de “aforradores” do património comum da humanidade, e falo tão só dos meios de subsistência. Tudo se passa como se só a morte tivesse legitimidade de, no limite, conferir à vida o justo valor. Há aqui, de facto, algo de contraditório e chocante.

As práticas ilícitas que atentam contra a vida e incolumidade da pessoa humana, bem como contra propriedade, o homicídio, ofensas corporais e o roubo, tem sido consideradas no ordenamento jurídico dos países de democracia política de modelo liberal como faltas morais muito graves. Neste fim de século emergem novas formas de violência desmedida contra a vida humana. Em uns casos, sob execução metódica e selectiva, a coberto de um poder económico transnacional e pelo submundo dos negócios ilícitos, em outros levadas a cabo de forma organizada e massiva, por grupos fundamentalistas em nome da intolerância e contra a livre expressão quer de ideias quer da própria identidade cultural, étnica ou rácica. São casos que ilustram bem como os valores da vida, da igualdade e da justiça estão ainda longe de ser valores capazes de reunirem, na prática, o acordo incontroverso e universal.

A este nível, quantas vezes os tribunais se não prestam, ainda que involuntariamente, a um uso estratégico e instrumental da justiça, por parte de grupos e cartéis quando procuram lavar um rosto que, de facto, nem sequer

têm. Ouvimos alguém dizer que os valores abstractos são os que melhor se prestam para enriquecer o debate revolucionário de ideias.

Hoje, porém, vivemos ainda no limiar que é ainda o da sobrevivência dos valores e direitos fundamentais da pessoa humana, em tempo de salvaguardar, antes de mais, os valores concretos sobre os quais se estruturam as condições de existência da sociedade. Daí que o critério que Hartmann nos propõe para hierarquizar os valores se conforme ao espírito do tempo presente.

O telos de uma vida, segundo Ricoeur, comporta a realização de um projecto de acabamento pessoal, no quadro de instituições justas. A realização imanente destes fins é o que dá um sentido ético pleno à vida de cada um, por mais utópica ou ideal que seja a natureza dos fins que cada um se dê como horizonte de realização pessoal.

A concretização de fins pessoais só pode acontecer, por norma, no quadro de instituições justas e, inevitavelmente, no de constrangimentos impostos pela necessidade de viver em sociedade, lugar onde, afinal, são os valores mais baixos da vida moral aqueles que fazem exprimir a sua urgência na forma imperativa, como é o caso na lei penal, dos normativos que tutelam o valor da vida e da incolumidade física.

Já relativamente aos valores mais elevados da vida moral não existe nem a marca da urgência nem da imperatividade, uma vez que tal não faria nenhum sentido. No parágrafo anterior dissemos “por norma”, para não ignorarmos a escatologia dos fins contidos no impulso individual do asceta que procura, no isolamento, a sua identificação com o modelo de perfeição divina. Mas, nesse caso, as considerações feitas ter-nos-ão colocado já fora do Domínio da ética ou da moral.

Na linha do pensamento de Hartmann, conclui Paniagua, que “quanto mais inferiores são os valores protegidos, tanto mais os mandatos que se referem a eles revestem o carácter constringente (*“apremiante”*) de um mandado negativo, quer dizer, de uma proibição: não matar, não roubar, não dizer falso testemunho...” (52).

Torna-se de alguma forma mais clara, agora, de que forma é possível sustentar a compatibilidade do critério de Scheler (ou da altura do valor) com o de Hartmann (ou da força do valor). Segundo Paniagua esta dualidade

caracteriza, afinal, aquilo que Hartmann designa por duplo rosto da Moral que se manifesta num duplo dever ou numa dupla exigência expressa numa máxima de não lesar os valores inferiores e, simultaneamente, dar valor aos mais altos.

Assim, também a moralidade encontra na célebre cabeça de Jano a sua adequada representação, personificada no duplo olhar dirigido para cima e para baixo da escala de valores. Ela representa também a síntese que resolve a antítese dos critérios e de direcção enunciados mais acima.

Como nos faz saber Paniagua, a axiologia jurídica assenta em dois pressupostos imprescindíveis: o primeiro tem que ver com a coincidência material do conteúdo daquilo que pode e deve ser objecto de regulação do direito e de valoração axiológica (isto é, a apreciação ético-normativa incide sobre o mesmo conteúdo material - neste caso, a conduta humana ilícita); o segundo pressuposto é o de que os conceitos utilizados possam ser diferenciados do ponto de vista formal, de modo a evitar, como diz o nosso autor, que a expressão "ética jurídica" se converta em tautologia sem sentido.

No que concerne à coincidência material do conteúdo sobre que exerce a apreciação valorativa e jurídica da conduta, parece verificar-se uma tendência para escaparem ao direito os aspectos mais especificamente morais, designadamente os que ocorrem anteriormente ao acto da vontade que, como temos presente, é o elemento detonador da conduta humana. Paniagua designa como tais certas disposições de ânimo, tendências ou inclinações que são prévias à acção e que a acção não irá modificar.

O Direito apenas tem poder para controlar o resultado das acções e influenciar o seu cometimento futuro, designadamente através do funcionamento das penas como medidas ao serviço da prevenção geral e especial. Ao invés, no que concerne às atitudes e disposições prévias, o direito pode até, sem que o deseje, estimular uma postura de dissimulação ou ocultação da verdadeira disposição moral. Em todo o caso, e na medida em que a disposição moral possa ser disponível à experiência externa, o direito deve procurar conhecê-la, com o objectivo de "reducir al mínimo posible los casos de contradicción entre las acciones forzadas o provocadas por el Derecho y las inspiradas por la disposición moral ("Gesinnung")" (53).

Um tal esforço é necessário para fazer luz sobre casos de dissimulação e, em particular nos casos em que esta dissimulação seja função de coacção ou conveniência externa. Em todo o caso, a problemática relação aqui enunciada, entre a disposição moral interna e a ténue possibilidade de um controlo externo pelo direito, abre caminho a uma natural libertação da moral do controlo exterior do direito, em resultado da incoincidência estrutural de objecto.

À ética dos valores, enquanto *ética material* caberá restabelecer a unidade de objecto da Moral e do Direito, uma vez que na ética dos valores a disposição moral ("*Gesinnung*"), elemento constitutivo da moral, caracteriza uma atitude face aos valores e não, como em Kant, uma atitude face à lei moral. Cabe então esperar que os valores que interessam ao direito possam igualmente ser tidos em conta pela moral, para que uma axiologia jurídica seja possível.

A escala axiológica de Scheler propõe-nos, como limiar de uma escala ascendente, os valores do agradável, seguida da escala dos valores vitais e, por último, a escala de valores espirituais onde se integram os valores da justiça ou jurídicos.

O exercício hermenêutico efectuado sobre os acórdãos do S.T.J., em vista de um possível questionamento sobre da sua estrutura axiológica, levou-nos, por opção metodológica e convencimento pessoal, a seguir a orientação proposta por Canaris, apenas neste aspecto muito geral em que ele considera que é possível formar uma ideia de sistema axiológico jurídico privilegiando a análise dos valores e dos princípios gerais do Direito, em detrimento de outras metodologias que operam para o mesmo fim com os *conceitos* e *institutos jurídicos*.

Se a nossa empresa teria sempre de partir da unidade mínima de integração e de adequação que são os valores, já a opção pelos princípios gerais, além do estímulo que constitui o confrontarmo-nos com os princípios a partir dos quais se estrutura e se funda toda a arquitectura do Direito, deve-se, sobretudo ao facto de os princípios gerais do direito se situarem numa posição já por si intermédia entre os valores e os puros conceitos do direito.

Dos valores se espera que sejam o primeiro elo de integração e adequação interna da norma ao caso concreto, o princípio, pelo seu lado, gera

um grau de concretização maior que o do valor, na medida em que o princípio *“já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito, em previsão e consequência jurídica”* (54).

Canaris ilustra esta ideia invocando o *princípio da autodeterminação negocial* que, enquanto princípio geral, não se limita a ser resguardo do valor da liberdade que atrás dele se esconde, uma vez que lhe compete enunciar o valor da liberdade, mencionando as consequências jurídicas que derivam do seu exercício.

Para Scheler os valores do *justo* e do *injusto* situam-se, em termos duma hierarquização axiológica, no universo dos valores espirituais, acima dos valores estéticos. O justo e o injusto são para este nosso autor a base de uma ordem jurídica objectiva, da qual retiram o seu valor a lei e em geral “os ordenamentos de legisladores e juizes” (55).

Como no-lo faz notar Paniagua, há na proposta de Scheler uma clara subordinação dos valores jurídicos aos valores morais.

Aliás, algo similarmente, N. Hartmann integra os valores jurídicos dentro da ética onde lhes destina o lugar e função de serem o limiar mínimo da moralidade. Limiar mínimo, o Direito, é no entanto um valor basilar e seguro o que lhe permite ser, sobretudo, instância protectora não apenas os valores inferiores, *“mas também dos valores superiores e mais elevados que não estejam sob a afectação directa da sua ordem (o jurídico)”*. E, acrescenta Hartmann, *“Nenhum valor espiritual mais elevado, nenhum valor cultural propriamente dito pode florescer, enquanto não estiverem seguros o corpo e a vida, a propriedade, a liberdade pessoal, etcétera”* (56).

Nesta conformidade, cada um de nós pode esperar do Direito a segurança e a protecção devidas, a partir do princípio que consagra a igualdade de todos perante a lei, uma vez que a esta igualdade “objectiva” (como a designa Hartmann) não interessam as peculiaridades das pessoas, mas sim “a pluralidade das formas de vida exteriores”.

No entanto, adverte-nos Hartmann, não devemos subestimar esta igualdade, uma vez que o seu valor não está apenas num princípio de utilidade mas, essencialmente, numa *“exigência primordial do dever ser”* (57).

Para realizar a sobredita confluência material entre a *moral* e o *direito* não basta apenas requerer que os valores jurídicos façam parte dos valores a cuja realização a *moral* tem de atender. A ética dos valores (Scheler, em particular) acrescenta-lhe uma nova condição ao dizer que o valor moral não se confina ao “*Gesinnung*” (a disposição moral para a acção), não obstante ser este o depositário mais originário e o único imprescindível do valor moral. O valor moral corresponde também, não apenas aos diversos graus do acto da vontade, mas também da acção. Esclarece, muito a propósito Paniagua: “A originalidade da ética dos valores consiste em que, não obstante manter, como Kant, a “*Gesinnung*” como o constitutivo formal da moralidade, estende esta também à acção, em virtude que a “*Gesinnung*” “penetra com a sua matéria valiosa todos os graus da acção, até ao seu resultado” (58).

A partir daqui, a acção ganha um duplo valor: um valor simbólico, espécie de “quadro onde podemos observar a “*Gesinnung*” e um valor próprio enquanto acção. Scheler entende que o que verdadeiramente constitui o valor da acção não é a acção em si mesma, mas sim o autêntico querer real da acção. Este “querer”, no entanto, pressupõe que se está em condições de (poder) querê-lo. Querer fazer implica que, por meio da nossa acção algo se possa realizar. Só deste modo o “querer fazer” pode ser equiparado à acção e ter um valor moral equivalente.

Tal é o caso do aleijado que quer salvar o afogado e acredita que pode fazê-lo mas descobre a sua enfermidade no acto mesmo em que está a tentar executar o salvamento.

Um questão pertinente, levantada por José M.^a Paniagua (59) é a de saber se a acção portadora de valor moral, na medida em que está penetrada pela disposição moral da acção (“*Gesinnung*”), será ou não a mesma acção que é objecto do Direito, designadamente nos casos de confluência material, isto é, quando tenhamos de cumprir com os dois ordenamentos.

Esta pergunta que não tem sentido no quadro da filosofia kantiana, uma vez que ali o moral e o jurídico são aspectos de uma mesma acção. Mas a pergunta tem efectivamente sentido quando feita dentro de um sistema ético que reconheça o valor moral da própria acção.

Paniagua esclarece-nos de que a acção moral não exige uma disposição moral específica, como seria o caso se a acção moral tivesse que

surgir com a intenção de ser boa moralmente. Parece evidente que a acção moral não nasce diferenciada de qualquer outra acção, designadamente da acção juridicamente relevante. Muito pelo contrário, é a atitude diante dos valores que fará com que determinada acção possa ou não ser definida como moralmente boa.

Deste modo conclui José M.^a Paniagua: “Siendo los jurídicos una clase de valores, la acción que surja orientada por ellos será moral, aun cuando sea a la vez jurídica” (60).

Como o fizemos já sob o ponto de vista da *discursividade técnica*, é ainda possível analisar a motivação do Supremo Tribunal de Justiça sob um outro ponto de vista - o de uma axiologia jurídica. É nossa intenção configurar um quadro axiológico, estruturado a partir de princípios gerais do direito e de valores juridicamente relevantes que, em conjunto com as normas específicas a cada caso, tornem possível a qualificação ético-normativa da conduta ilícita do agente que, voluntária ou involuntariamente, atinge a vida e a incolumidade física de nutrem.

A Jurisprudência é, aliás, um lugar de excelência para encontrarmos os valores que deverão enformar uma axiologia jurídica, seja na sua proclamação e salvaguarda espontânea, como é o caso do valor da vida, da justiça, da segurança (do direito, mas também da sociedade), da família, entre outros, de que temos referências explícitas, seja quando intervêm, quase sempre implicitamente, na qualificação ético-normativa da conduta dos agentes. Não cabe aqui analisar, em toda a sua diversidade e profundidade, as práticas ilícitas encontradas. Por razões metodológicas e, em particular, por razões que se prendem com a procura da diversidade em termos axiológicos, escolhemos analisar, ilustrativamente algumas práticas ilícitas paradigmáticas.

Digamos, antes porém, que a circunstância particularmente favorável à jurisprudência para operar com os valores, liga-se naturalmente com o facto de os valores serem dispositivos técnicos que operam, como vimos, mais acima, na integração e adequação das normas abstractas aos casos singulares. E essa é também uma *métis* muito própria da jurisprudência, a de procurar integrar e adequar. A Jurisprudência é, deste modo, um lugar onde se cruzam e compatibilizam, com mútuo proveito, a axiologia jurídica (convocada em todo o processo de fundamentação da validade do direito) e a racionalidade

argumentativa (indutora da democraticidade do processo da sua aplicação), sendo que a argumentação exerce o seu labor na justificação das escolhas operadas e na fundamentação da motivação enquanto discurso racional, mas também na partilha do discurso.

O conteúdo dos acórdãos estudados, como sabemos, não recobre todo o âmbito do Direito Penal, mas tão somente o domínio específico que tutela o valor da vida e da incolumidade física das pessoas. Representa, no entanto, na parte, a vocação acusatória do todo. Neste domínio particular, paradigmático em termos axiológicos de todo o direito criminal, os princípios gerais do direito oferecem-se-nos como o travejamento que dá coesão a toda a estrutura arquitectónica do Direito Penal. Os princípios gerais, numa tradição que remonta já a Aristóteles, são até um fundo de reserva axiológico e mesmo normativo, quando a solução encontrada, mediante uma estrita conformidade com a lei, ameace apresentar-se como iníqua, inaceitável e contrária ao direito, como recomenda Perelman.

Surtem com bastante frequência os princípios de garantia de defesa do réu, como é o caso, o “*princípio favor defensionis*”. Ao estabelecer que o réu só pode ser condenado pelos factos que, oportunamente, lhe tenha sido dado conhecimento. Salvaguarda o *princípio da acusação* que enforma os novos códigos penais, contra o velho princípio do inquisitório ou do processo organizado em segredo.

Na mesma linha de preocupações a jurisprudência invoca os princípios “*non bis in idem*”, a propósito da reapreciação judicial com vista a punir-se outro desvalor resultante da mesma conduta, e o princípio “*in dubio pro reo*”, que estabelece que, em caso de dúvida, se deve decidir a favor do réu.

Todos estes princípios têm fortemente explícita a preocupação de o direito, no quadro da sua aplicação, confinar o seu exercício nos estritos limites da *Justiça* e da *Equidade*. Em termos de uma hierarquia de valores, e segundo o critério de Max Scheler, parece-nos que os valores da *Justiça* e da *Equidade* sobrelevam já, em termos duma hierarquia de valores, o estrito princípio “*nullum crimen sine lege*” que consagra o *Princípio da Legalidade* como valor fundamental. Mas, se fizermos uso do critério de Hartmann o valor da *Legalidade*, como limiar de confrontação primeira contra a prepotência, a vontade oligárquica e a sede de vingança, então pensaremos na bondade de

um opção que tome a legalidade como valor hierarquicamente primeiro que o valor da Justiça ou da Equidade, segundo um critério da “urgência do valor”.

De facto, a legalidade é condição necessária para que haja justiça, mas não é dela condição suficiente. No quadro de um estrito positivismo jurídico a legalidade pode efectivamente não ser mais do que constrangimento arbitrário em nome da lei absoluta. Foi isso, justamente, o que aqueles princípios, ligados em primeiro lugar ao direito de defesa dos arguidos, trouxeram de novo à nossa reflexão. A Legalidade necessita de se concretizar como justiça para que o Direito possa ser efectivamente “ars aequi et bonni”.

De alguma modo os princípios gerais acima enunciados, além de serem garante da defesa do arguido e da realização concreta da justiça em cada caso particular, são igualmente princípios de auto-regulação do próprio direito que, através deles se dá o limite dentro do qual legisladores e magistrados judiciais hão-de confinar a sua acção, especificamente legisladora a dos primeiros, de modalização e aplicação, a dos segundos, através de uma latitude interpretativa e criativa que permita encontrar, no quadro das leis, dos princípios gerais, da doutrina e das jurisprudência, a solução mais justa para cada caso.

A preocupação com a equidade e a justiça das decisões judiciais é, porventura, uma preocupação pelo menos tão antiga como a máxima com que Cícero denuncia o perigo do abuso do direito, nestes termos: “*Summum jus summa injuria*”.

De entre todos os princípios gerais enunciados nos acórdãos estudados, dois deles parecem-nos ser os guardiões de serviço do *valor vida*, constituindo-se como legalidade de fundo, espécie de “*Backing*” do modelo argumentativo de Toulmin, que enforma e reforça, do ponto de vista ético-normativo, o diploma a aplicar a cada caso concreto. Referimo-nos ao *princípio da ilicitude* e ao *princípio da culpa*, pilares indiscutíveis de toda a arquitectura do Direito Penal prático.

No que respeita ao *princípio da culpa*, a Introdução ao Código Penal (II Parte Geral) manifesta a sua proeminência e a pressuposta natureza axiológica do seu fundamento, nestes termos: “um dos princípios basilares do diploma, reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo um culpa concreta”, a exprimir-se pelo brocardo latino

“nulla poena sine culpa”. E de tal modo assim é que “mesmo os autores que dão uma maior tónica à prevenção geral aceitam inequivocamente a culpa como limite da pena”, em consonância, aliás, com “uma larga e profunda tradição cultural portuguesa e europeia” (61).

Como vimos acima, os princípios gerais do direito têm o seu lugar na protecção dos *direitos da defesa*, ao mesmo tempo que no estabelecimento do horizonte teleológico ainda restrito, o da realização da justiça e da equidade no caso em apreço. Devemos, no entanto, reconhecer que o princípio da ilicitude e da culpa se estabelecem como horizonte teleológico primeiro da sua realização, o campo restrito da conduta humana, cooperando aí, no campo da interpretação das normas, na formação do critério ético-normativo que permite apreciar a conduta do agente e adequar-lhe uma pena, a sua amplitude de princípios gerais do direito fá-los projectarem-se para um horizonte teleológico mais ambicioso e que se expande muito para além da mecanicidade retributiva, para horizontes de ressocialização e de realização conjunta de uma sociedade como empresa de cooperação.

Numa relação mediata com o universo que regula, o direito intervém no ponto em que, por decisão autónoma e consciente do sujeito se concretiza um acto, simultaneamente ilícito e socialmente reprovável, onde a ilicitude e a culpa se cruzam e se dá a coincidência material da censura ética, jurídica e da conduta humana que se lhe subsume. Esta relação do direito com o universo que regula não é imediata, uma vez que pressupõe, como sabemos, a mediação de alguém competente a quem compete introduzir um facto em juízo.

Como esclarece o consagrado penalista Maia Gonçalves, o Direito Penal faz intervir, como barreira inibidora da pena, uma mediação axiológica que persegue fins de dissuasão à prática dos crimes, actuando como prevenção geral. No entanto, esclarece, a força dissuasora da pena não nasce tanto do facto de a pena ser uma realidade heterónoma, mas sobretudo da própria autonomia do agente que reconhece ser a definição daquela pena *fruto da participação de toda a comunidade*, num determinado momento histórico.

Pode acontecer que o agente, em determinadas circunstâncias, tenha agido com erro sobre a ilicitude, supondo designadamente que a sua conduta não é punível por lei. No entanto, apesar de o agente pode ter agido sem a

consciência da ilicitude do seu acto, pode mesmo assim ser-lhe censurável o erro, circunstância em que “será punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, que pode ser especialmente atenuada” (62).

Como deixa claro Maia Gonçalves, ficam deste modo protegidos não só determinados fins da prevenção como também o valor que todo o direito persegue: a ideia de justiça.

Manifestamos agora aquela que consideramos ser a questão central, em torno da qual o nosso discurso se expande e a ela volta, no propósito de abrimos algumas clareiras onde a sua compreensão seja possível: Que representa, de facto, a vida em termos ético-jurídicos, que valor e que lugar devemos nós atribuir-lhe no quadro de uma axiologia jurídica ?

Como vimos com algum detalhe, Max Scheler concede-lhe, num escala ascendente de valores hierarquizados pela qualidade, um lugar muito próximo do limiar de entrada, logo após aos valores do agradável e desagradável, aquém, portanto, dos valores espirituais onde se aprumam, por seu turno por de ordem de lugar, os valores artísticos, seguidos dos valores jurídicos e, logo após, os valores do conhecimento da verdade. Num plano último e altaneiro, Scheler situa os valores religiosos.

Hartmann, não subverte a escala de valores de Scheler, mas subverte sim o olhar que a humaniza e a torna mais conforme com os valores que estão no centro das preocupações e das disputas humanas. Estabelece como critério deste novo olhar uma visão pragmática do problema dos valores, isto é, celebrando-os pela força ou premência com que o valor é aceite na sociedade.

Apoiados sobre o acervo destas reflexões, vamos agora procurar fazer alguma luz sobre a natureza, lugar e função dos valores na jurisprudência aqui coligida e analisada.

Falámos dos princípios gerais do direito e da sua natureza principal e fundadora de uma axiologia jurídica, ou no mínimo, da perspectiva ético-normativa que está sempre presente na aplicação do Direito. A eles, como vimos, e como melhor ilustraremos na análise de condutas ilícitas, procura conformar-se o universo dos valores jurídicos relevantes em busca solução que melhor realize o direito e a paz judiciária.

Mas que dizer, então, da vida como valor tutelado pelo Direito Penal ?

Para enriquecer a nossa reflexão, tornemos presente, antes de mais, um conjunto de asserções relevantes, colhidas dos acórdãos motivados e que se referem expressamente à *vida como valor*.

Passamos a citar: “numa sociedade que preza como um dos seus principais valores - o do respeito pela vida dos concidadãos - precisamente aquele que tão rudemente violou” (63) ; “é elevado o grau de ilicitude dos factos, já que violadores do bem fundamental da pessoa humana - a vida” (64); “quando prevê e pune os crimes, o legislador quis defender certos interesses: o interesse da vida no homicídio, o da integridade corporal nas ofensas corporais, o da posse ou propriedade no furto, no dano ou usurpação de coisa alheia” (65); ou ainda, “considerada a infracção à luz do bem ou valor jurídico que a norma visa proteger, esse bem ou valor é, na hipótese, a defesa da vida humana ou da incolumidade pública” (66); “muito elevado se apresenta o grau da ilicitude do facto, na medida em que o agente violou o mais importante e sagrado dos direitos da pessoa humana” (67).

As diversas qualificações da vida humana, extractadas dos acórdãos mencionados, suscitam-nos, desde já, algumas reflexões. Em primeiro lugar representam um reforço de sentido da ideia de que a vida, do ponto de vista óntico-valorativa, e a incolumidade pública, na sua esteira, é o bem supremo de toda a sociedade e, por isso também, o valor mais forte, no sentido hartmaniano do termo, do nosso ordenamento jurídico.

A vida como valor pode mesmo considerar-se acima do próprio valor dos princípios gerais do direito e por via disso, acima de todo e qualquer valor jurídico, uma vez que eles são, como dissemos, os princípios arquitectónicos do sistema jurídico. De facto, o valor biológico da vida afirma-se como pressuposto ou postulado a partir do qual se fundam os princípios jurídicos que estruturam a vida em sociedade.

O sistema das normas e o Direito em geral sobrevêm-lhe como consequência necessária e retroactiva, de salvaguarda da vida como primeiro dos bens, e, transitivamente, como instrumento de regulação justa das condições de existência em sociedade. Ao Direito compete estabelecer as condições de paz política e social necessárias à garantia da vida e ao seu desenvolvimento e elaboração superior, onde a arte, o saber e a justiça têm lugar como concretização teleológica do seu projecto que não se restringe à

dimensão biológica da vida mas, tomando-a por alicerce, completa-a e redimensiona-a para horizontes teleológicos mais vastos.

Deste modo Direito e Vida ligam-se por um vínculo de interdependência, onde a vida desempenha, não obstante, o protagonismo de ser o verdadeiro pressuposto da existência do Direito e, ao mesmo tempo, seu horizonte teleológico por excelência. Esta passagem de alfa a ómega, representa uma evolução profunda do sentido, em termos linguísticos, culturais e jurídicos da vida como valor, que começa por ser direito de pessoas, se torna a seguir direito de personalidade de todos os homens e que, por fim, de valor força e pressuposto sobre que assenta toda a axiologia jurídica, é condição de realização de outros valores superiores do direito e da sociedade.

No entanto, o nosso inebriamento não pode levar-nos à sua absolutização. Como valor que é, a vida, por mais que aspire a ser valor universal, conhece barreiras culturais que o subordinam a outros valores e ideologias de grupos humanos de identidade cultural diversa, em outros casos ainda deixa-se subjugar e adjudicar por formas de poder despótico de cariz fundamentalista, que ainda tornam honroso o acto de morrer, perdoe-se-me o etnocentrismo, por coisa nenhuma.

Ilustrativa de uma outra realidade mais profunda, será, porventura, a denúncia gritante que comporta a prática do suicídio, espécie de denúncia do desvalor que afecta a vida humana, em particular, o de certas condições de existência, parecendo-nos ser sempre um acto extremo mas que abre caminho para horizontes teleológicos alternativos e, sobretudo, tem a força de afirmar, como supremo, o valor da autodeterminação, da liberdade e da dignidade de cada um. A vida, aí, pode não ser efectivamente, pelo que deixa demonstrado, o valor mais forte; mas pode ser o valor mais elevado, aquele que, por ser irrealizável nessa utópica plenitude inatingível, se abandona definitivamente.

Como corolário desta nossa reflexão sobre a axiologia jurídica expressa na motivação dos acórdãos do S.T.J., vamos agora inflectir para a análise de dois casos apenas que nós consideramos paradigmáticos da forma como o Tribunal, na procura de uma solução equitativa e justa que ao mesmo tempo sirva os fins últimos da prevenção da prática de futuros crimes, opera em vista de uma boa adequação do direito ao caso, através da mediação dos valores.

Por não ser da esfera da nossa competência, nem ser sequer objecto da nossa motivação particular o questionar, mesmo que em termos académicos, a bem fundamentada qualificação ético-jurídica dos casos *sub judice*, enunciamos a pretensão de apenas fazer relevar, na textura dos doutos acórdãos escolhidos, os elementos indiciadores de um labor axiológico de fundo.

Tal labor manifesta-se, como dissemos oportunamente, na integração e adequação interna do Direito, dirigido em particular ao apuramento do grau certo de ilicitude e de culpa sobre que há-de assentar uma decisão e uma pena justas, capazes de cumprir as exigências de reprobção, de ressocialização e de prevenção geral dos crimes contra a vida.

O primeiro paradigma que apresentamos é o de um caso de homicídio a que se reporta o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Janeiro de 1993. A circunstância de o homicida ser o próprio filho da vítima, circunstância que do ponto de vista jurídico é apenas inerente ao agente mas não deixa de agravar consideravelmente o crime em presença, conferindo-lhe mesmo o "*nomen juris*" de parricídio, em conformidade, aliás, com o entendimento perfilhado pelo acórdão do mesmo Alto Tribunal de 26 de Fev. de 1945.

O autor do homicídio era, como foi provado, pessoa pacífica, agente de autoridade pública, que vivia sob a pressão constante de um medo insuperável dos modos violentos do pai, pessoa que nunca lhe prodigalizara qualquer manifestação de afecto. A conduta deste ao longo dos anos foi tal que o Tribunal haveria de o considerar o antímodo de pai, apesar de o seu nível cultural e social fazer esperar dele outro comportamento: sendo médico conceituado na cidade onde viviam, não contribuía com dinheiro algum para os estudos dos filhos e gastos de casa; humilhava constantemente aquele seu filho *por ser apenas polícia*, quando sabia que o filho pretendia, através do trabalho, obter dinheiro para pagar os próprios estudos em universidade privada, uma vez que o pai não se dispusera nunca a fazê-lo; ao invés, impunha em casa um clima de terror, com ameaças constantes de morte ao filho e, especialmente, à esposa.

No íntimo do filho foi-se formando a ideia de que a única maneira de pôr fim àquele autêntico inferno pessoal e familiar e, sobretudo, a forma de conseguir libertar a mãe de uma morte violenta às mãos do pai, seria dar-lhe a

morte, intento que amadureceu ao longo do tempo e que consumou na madrugada de um dia em que o pai regressava da vida nocturna e se preparava para arrumar o carro na garagem da casa.

A conduta do agente, como ficou provado em Tribunal, integra, em termos objectivos, não apenas os elementos do tipo - a prática do crime de homicídio na pessoa do pai com arma de fogo - como ainda os índices de especial censurabilidade e perversidade, enunciados nas alíneas a), f), e g) do n. 2 do art. 132º que caracterizam, em síntese: perversidade e malvadez altamente censuráveis; actuação insidiosa, ou traiçoeira e, por último, o ter agido com premeditação, isto é, com firmeza, tenacidade e irrevogabilidade de tirar a vida ao pai.

Tudo isto provado, solicitava o Ministério Público a adequação da moldura penal à figura do "homicídio qualificado", nos termos do supracitado artigo 132.º, n. 2 e mencionadas alíneas do Código Penal. O S.T.J. não obstante dar como provada a concretização dos índices contidos nos exemplos padrão que qualificam a *especial censurabilidade*, rematou que estes índices, não sendo de aplicação automática (por não serem elementos do tipo do crime, como o são os enunciados no artigo 131.º), abrem caminho à discussão de saber se terão existido circunstâncias com relevo bastante para afastarem a especial censurabilidade e perversidade.

A conduta anterior do pai, que mereceu daquele Alto Tribunal o juízo expresso de não ter sido "*nem bom marido, nem bom pai*", e de ter estimulado no filho uma reacção de desobediência, dando razão ao aforismo popular que diz que "*pai imprudente torna o filho desobediente*", juntamente com o estado patogénico gerado no filho, que interiorizou a ideia parricida como única solução para defender a sua dignidade e a de sua mãe, e como forma de evitar que se consumassem nela as ameaças constantes de morte que o marido lhe dirigia, foram razões que o Supremo Tribunal considerou como bastantes para desterrar a "especial censurabilidade e perversidade". Mas não considerou essas razões bastantes para conceder ao arguido uma atenuação especial da pena como pretendia o defensor.

O Tribunal não pôde deixar de punir o arguido pela prática do crime de homicídio previsto e punível pelo artigo 131.º do Código Penal, nestes termos: "Ora, ponderando todos os elementos de facto acabados de apontar, e não

desprezando as exigências de prevenção de futuros crimes - infelizmente hoje tão frequentes - somos de parecer de que a reacção criminal com que a decisão da 1ª Instância estigmatizou o criminoso procedimento do acusado - nove anos de prisão - revela-se equilibrada e justamente doseada, merecendo o nosso inteiro aplauso e confirmação" (68).

Nenhuma referência foi feita em termos axiológicos ao facto de a punição poder servir de reforço aos valores da paternidade, como é frequente acontecer na motivação de homicídios entre familiares. Apesar, da verificação dos índices de especial censurabilidade (cuja aplicação, no entanto, não é automática), apesar de tipificar um homicídio agravado com "*nomen juris*" - parricídio, o Alto Tribunal decidiu pedagogicamente ser discreto na apreciação do comportamento do agente do crime.

Parece-nos relevar na motivação do presente caso a valoração negativa do comportamento da vítima e o desvalor da sua conduta como pai, conforme apreciações valorativas acima transcritas, mais parecendo, perdoe-se-me a irreverência, que a censura ética ficara com a vítima e a censura jurídica, formal, fora, por razões de prevenção geral, confinadas ao filho da vítima. Em todo o caso, esta minha apreciação não afasta a minha profunda admiração pelo sentido de justiça enquanto equidade que, neste caso e bem, sobreleva o princípio de justiça formal.

Manifestámos mais acima a nossa preocupação de não procurar um quadro axiológico baseado no registo somativo dos valores e sua conforma hierarquização. Parece-nos mais ilustrativo procedermos como no caso supra referido e neste com o qual perfazemos a nossa ilustração sobre a aplicação concreta dos valores e das regras jurídicas.

Trata-se agora de um caso de homicídio por negligência, com abandono da vítima na estrada: O Tribunal deu como provado que a vítima estava deitada na berma da estrada, dormindo, possivelmente, com a cabeça no asfalto, altura em que foi atingida pelo automobilista que não se terá apercebido atempadamente do caso, não podendo evitar o trágico acidente de esmagamento da parte do corpo exposta. Relevante, muito relevante mesmo em termos axiológicos, são os termos com que o Tribunal qualifica a acção de abandono da vítima por parte do condutor e a força ético-normativa com que se refere à condição humana da vítima abandonada.

O Tribunal afastou de pronto as alegações do condutor de que abandonara a vítima para ir avisar a sua mãe do acontecido, para que esta, por sua vez avisasse a mãe da vítima, demonstrando como inconsistente, do ponto de vista lógico e temporal, o nexó estabelecido pelo condutor para a sua conduta a seguir ao acidente. Seguidamente o Tribunal ocupou-se em analisar a opinião do condutor de que “a infeliz vítima” que ele abandonara, já não era uma pessoa.

O douto acórdão contendo a resposta àquela asserção, constitui, para além de tudo o que representa na formalidade processual, um documento pedagógico completo sobre a solidariedade que é devida à pessoa humana, que não deixa de ser, mesmo na suposição de que tenha já falecido. Consintas-se-nos que extractemos, como ilustração, algumas passagens: “A morte instantânea não retira à vítima do atropelamento a qualidade de sinistrado, ou seja, de pessoa que foi alvo de sinistro. O cadáver é um ser humano, é um homem que jaz morto”. Invocando ainda o artigo 60.º do Código da Estrada, refere-se então que “na verdade o bem jurídico que este artigo 60.º protege é o direito natural ao socorro que assiste a toda a pessoa vítima de acidente, ao qual é assim conferida dignidade jurídica, com o estabelecimento aí de um dever de socorro a favor delas (...)”. Acrescenta-se ainda que aquele dever de socorro da vítima não recai apenas sobre o condutor, mas sobre todas as pessoas que encontrem nas vias públicas pessoas que careçam de socorros. Importa por último reter, nos seus precisos termos, a incisiva censura com que aquele Alto Tribunal estigmatiza, em termos axiológicos, a conduta do agente: “É bastante censurável o procedimento de quem verifica que esmagou a cabeça de uma pessoa (para mais seu conhecido), com o carro que conduzia, e imediatamente decide fugir do local do acidente, abandonando totalmente o sinistrado falecido, com violação do dever jurídico de adoptar medidas urgentes (69).”

Em termos de uma análise axiológica comparativa com a do caso acima referido, não é tanto o valor vida que está primordialmente em causa, parece-nos ser antes o dever de solidariedade para com a vítima que é simultaneamente pessoa e sinistrado que tem direito a um esforço efectivo e sincero de ser socorrido. Atendendo ao seu peso relativo, para falarmos em

termos hartmanianos, a inconsideração fere mais que a falta de socorro que, ao que parece chegaria provavelmente sempre tarde; a falta solidariedade pesa aqui como desvalor sem medida nem comparação com qualquer outro valor. Daí o dizermos, uma vez mais, que, em termos de formação de uma axiologia jurídica, o mais importante talvez não seja obter uma codificação. Por certo importará mais que, em cada caso se exerça, pela via jurisprudencial, a pedagogia dos valores e se perceba que é o contexto o que lhes define quer a urgência, como dizia Reiner, quer o seu peso, como preferia Hartmann, ou a “altura do valor” de que falava Scheler.

A análise do presente acórdão manifesta, de um modo muito claro, que os valores poderão ser considerados como *objectos*, *seres* ou *ideais* (para usar as designações mesmas de Perelman) e enquanto tais os seus contornos, justamente porque de valores se trata, bem como a sua hierarquia, não podem deixar de estabelecer-se no quadro de uma racionalidade argumentativa que prepara e fundamenta a decisão que os convoca. E se a eles compete adequar o Direito aos casos singulares, fá-lo-ão justamente na medida em que, nesse seu labor, gradativamente se ajustam à realidade que recobrem através da qualificação ético-jurídica da conduta do agente, momento integrador por excelência.

Permita-se-nos a equiparação dos valores, na sua natureza obreira, à natureza e função da imaginação criadora da imaginação no *juízo reflexionante estético* em Kant, na sua *Crítica da Faculdade do Juízo*, sendo que, no nosso caso, a qualificação jurídica virá a desempenhar aqui, analogamente, o papel naquele conferido à legalidade do entendimento sobre a imaginação criadora, estabelecendo o valor certo, adequado à realização da justiça devida a cada caso. Independentemente da sua qualidade, força e pertinência, os valores como que se vão ora enchendo, ora vazando, sob o efeito dos instrumentos da prova e contraprova, da argumentação e da contra-argumentação.

Facto mesmo é o de que os valores da justiça, da vida, da equidade, da solidariedade, por exemplo, não são dados de uma vez por todas na sua justa medida e valor. De harmonia com o jogo dialéctico da racionalidade exercida, vão preenchendo a sua justa medida, sobre a qual a justiça há-de ser aplicada. Por isso, faz sentido dizermos que é na sua aplicação aos factos humanos,

pela mediação da interpretação, que o Direito colhe a sua verdadeira dimensão axiológica e o seu valor ético-normativo.

Parece-nos essencial, neste processo, a natureza flexível dos dispositivos que permitem desbravar caminhos em busca de uma apreciação justa, que nos ponha a coberto de emoções e preconceitos ou de projecções mais ou menos inconscientes que pudessem impedir a justa distância que é condição imprescindível para a boa aplicação da Justiça.

Também aqui se dá razão ao aforismo popular de se “fazer justiça por linhas tortas”, na medida em que no processo que conduz a uma decisão os valores da vida, da justiça, da equidade, da autonomia e da liberdade, bem como os demais valores que normalmente se ligam à apreciação da conduta, entretecem, no plano argumentativo, um fundo de conflitualidade, tal como acontece aliás com os próprios Princípios Gerais do Direito, que cabe ao Tribunal extinguir. Na decisão judicial cada bem ou valor juridicamente tutelados obtêm o seu justo valor, que, nesse caso, só é definitivo na medida em que transita e se firma como precedente jurídico.

O Caminho para a realização da justiça obriga a uma infinidade de ponderações sobre os bens ou valores jurídicos em presença, em busca do seu justo equilíbrio. Em Direito, supomos que nenhum nome se adequa melhor para designar o estado de perfeito equilíbrio do sistema jurídico, no campo da aplicação do Direito, que o de “*equidade*”.

Dissemos no ponto anterior do nosso trabalho que a conduta humana na medida em que persegue objectivos de realização de um qualquer ideal, é originariamente, de natureza ética. Espontaneamente o homem teria intuído as regras por que deveria orientar a sua conduta. A vida nas sociedades contemporâneas tornou-se uma realidade complexa onde viver em sociedade já não dispensa o reforço de normas. Mas apesar de tudo, é justo esperar o juízo íntimo e intuitivo relativamente ao conteúdo ético de certas normas, como a enunciada na fórmula “não matarás”. O direito é por excelência a instituição reguladora das condutas, enquanto contendam com o normal funcionamento da sociedade e seus fins. Mas, de facto não é correcto dizer-se que todo o Direito é ético. Há mesmo normas que têm um fundo de profunda injustiça por não serem, no mínimo, conformes à regra de justiça formal.

Segundo uma certa máxima de feição positivista obtida a partir do princípio da legalidade “*nullum crimen sine lege*”, é crime apenas aquilo que a lei define como tal. Traduz esta asserção um legítimo propósito de segurança jurídica; mas ilide a legitimidade de reprovação ética originária e que sempre está presente na coincidência material da ética e da norma jurídica.

Ora aquela definição estrita, daquilo que é crime, fica muito à mercê do critério de oportunidade e das estratégias jurídico-políticas do grupo político que detém o exercício legítimo do poder e que concebe como prioritários os ilícitos que inquietam a sua tranquilidade ou que sejam lesivos de interesses mais específicos da classe que representa e que, reflexamente, transforma em centros de dominação, fazendo concentrar aí os dispositivos coercitivos e o zelo policial e dos tribunais, como no-lo ensina Boaventura Sousa Santos.

Esta questão, como sabemos, não se coloca no quadro teórico de Hartmann e, particularmente, em Kant, autores que fazem coincidir, por vias distintas, a Moral e o Direito. Certo mesmo é que a questão que tivemos aqui sob análise, a da salvaguarda ético-jurídica da vida humana, escapa claramente a essa dificuldade, pelo menos a este nível primário, uma vez que a vida, antes de ser um problema jurídico era já, claramente e como vimos, uma questão de ética. Importa que esta unanimidade ético-normativa não se deixe subverter no quadro da sua vigência e aplicação.

Não desejaríamos terminar este capítulo sem aludir ao *princípio crítico da ética*, designadamente à modalidade crítica efectuada por Heinemann na sua *Die philosophie im XX. Jahrhundert*, na sua edição portuguesa (70).

Heinemann, após manifestar a sua estranheza pelo facto de Kant não manter na *Crítica da razão prática* o princípio de exigência crítica que tomara para a *Crítica da Razão Pura*, não obstante a titulação da primeira obra o fazer pressupor, sustenta que é nosso dever “manter a exigência, fácil de conceber, de que o seu princípio crítico (isto é, que conceitos sem intuições são vazios e intuições sem conceitos cegas) também se deve aplicar à ética (71). E devemos fazê-lo, sustenta o autor, como forma de ultrapassar Kant e tentar fazer o que acima tentámos fazer com Scheler e Hartman, isto é, tentar acrescentar à ética a plenitude objectiva concreta, em vista de uma ética material de valores, para nós fundamento axiológico do direito, já em princípios

gerais do direito (escritos ou não) como também na pressuposição da comunitária síntese axiológica de nos fala Castanheira Neves.

Heinemann dá razão à crítica feita pelos neo-positivistas relativamente ao que ele chama “especulações respeitantes à intuição de essência e à ontologia dos valores”. De facto, sustenta o autor, “não se deviam utilizar conceitos éticos aos quais nada corresponda na nossa experiência, que sejam vazios ou tenham perdido a significação e não possam ser justificados por exemplos” (72).

Ora, tudo quanto constitui trabalho desta nossa tese se orienta pela exigente procura, dentro da discursividade técnico-argumentativa judiciária, de exemplos, em número e em validade exemplar (para usar termos de Hannah Arendt nas suas *Lições sobre a filosofia política de Kant*), que possam justamente fundar, em termos perelmanianos, uma regra geral consistente. Em particular, nos cumpre “demonstrar” (justificadamente, já se vê) que a vida é um valor ético-jurídico de valor certo, no quadro particular da nossa cultura e nada nos repugna postular a sua impositiva vigência como valor universal a preservar, mesmo que tal afronte o escrúpulo endémico ou “má consciência” de colonizadores que fomos.

Pelo seu lado e sem convocar esta nosso dado que releva da “experiência jurídica”, Heinemann, também ele contra os neo-positivistas, convoca da nossa “experiência ética” como experiência essencialmente íntima, para depois “aplicar o [kantiano] princípio crítico à mistura impura de ética e de metafísica, cujo exemplo mais notável é a ontologia dos valores de Hartmann” (73), cujo paradigma de “valor” identifica com a realidade das ideias platónicas. Cabe-nos, também aqui, e no propósito de ultrapassar esta justa advertência de Heinemann, “enraizar” valores como a justiça e a vida na realização concreta do direito, onde a vida não se dá nem se tira, mas se repõe como justiça.

Notas Bibliográficas

- (1) - Hannah Arendt, *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, pp. 32-37.
- (2) - Theodor Sternberg, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (trad. Castelhana), cit., p. 115.
- (3) - S. Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, 2-2, Quaestio 58, aa. 5 e 6, cf. José M.^a Rodriguez Paniagua, *¿Derecho Natural o Axiologia Jurídica?*, nota 35, p. 38.
- (4) - Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cf. Paniagua, op. cit., p. 22.
- (5) - José Maria Rodriguez Paniagua, *¿Derecho Natural o Axiologia Jurídica?*, cit., p. 41.
- (6) - com obra intitulada *De iure belli et pacis*.
- (7) - J. M.^a R. Paniagua, op. cit., p.39.
- (8) - Idem, pp. 12/13.
- (9) - Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca, *Traité de L'Argumentation*, pp.99/100.
- (10) - T. Sternberg, op. cit., p. 373.
- (11) - Idem, p. 374.
- (12) - Por razões culturais que o direito acolheu, no Japão não é punido quem coopere na execução do *seppoku*, cf. Sternberg, op. cit., p. 374.
- (13) - Franz-Paul de Almeida Langhans, "Para uma concepção ética do Direito", *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, Rés-Editora, Lda, Porto, 1992.
- (14) - Neste sentido, diz Langhans: "Vistas bem as coisas, toda a conduta humana desenrola-se no campo da ética, quer na submissão aos princípios e normas, quer na sua violação", op. cit., p. 83.
- (15) - F. P. Langhans, op. cit., p. 83/84.
- (16) - P. Ricoeur, *Le Juste*, Éditions Esprit, Le Seuil, Paris, 1995.
- (17) - Idem, p. 12
- (18) - Idem, p. 14
- (19) - Idem, p. 16
- (20) - Idem, p. 17

- (21) - Idem, p. 10.
- (22) - Stephen Toulmin, *An Examination of the Place of Reason in Ethics* pp. 136 e 223, cf. Alexy, Robert, op.cit., p.94.
- (23) - S. Toulmin, cf. Alexy, Robert, *Teoria de la Argumentación Jurídica*, p. 93.
- (24) - François Edwald, *Foucault a Norma e o Direito*, p. 209.
- (25) - Ibidem.
- (26) - Van Bertalanffy, fundador da "Teoria dos Sistemas" que passou a designar-se, mais tarde, por "Sistémica". Devem-se, para tanto dois actos fundadores: a publicação da obra *General System Theory*, por volta de 1948; a fundação da "Sociedade para o estudo dos Sistemas Gerais", em 1954.
- (27) - cf. Duran, *Systemique*, ed. ut. : *Sistémica*, cit., p.13.
- (28) - Ibidem.
- (29) - Duran, op. cit., pp.13-14.
- (30) - Idem, p. 14.
- (31) - Koestler, Arthur, *The ghost in the machine*, ed. ut. : *O fantasma da máquina*, Zahar, Rio de Janeiro, 1969.
- (32) - Fernando Pessoa, opúsculo "Interregno".
- (33) - Fernando José Bronze, *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, p. 290.
- (34) - Ibidem.
- (35) - Idem, p. 291.
- (36) - Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cf. Canaris, op. cit., p.29.
- (37) - C. Perelman e Lucie Tyteca, *Traité de L'Argumentation*, p. 176.
- (38) - Claus - Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 28.
- (39) - Idem, p. 67.
- (40) - Klug, Ulrich, *Juristische Logik*, 4ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1982.
- (41) - C. - W. Canaris, op. cit., p. 69.
- (42) - Helmut Coing, autor de uma vasta obra no âmbito da filosofia do direito, cuja publicação inicia no ano de 1950, em Berlim, com *Grundzüge der Rechtsphilosophie*.

- (43) - C. - W. Canaris, op. cit., p. 71.
- (44) - Idem, p. 75.
- (45) - Idem, pp. 75/76.
- (46) - Idem, p. 77.
- (47) - J. M.^a R. Paniagua, op. cit., p. 198.
- (48) - N. Hartmann, *Ethik*, p. 604, cf. J. M.^a R. Paniagua, op. cit., p.199.
- (49) - N. Hartmann. Op. cit., p. 611, cf. J. M.^a R. Paniagua, op. cit., pp. 199/200.
- (50) - Gilles Lipovetsky, *A Era do Vazio*, Relógio D'Água Ed., Lisboa.
- (51) - N. Chomsky, *Manufacturing Consent*, Pantheon, New York.
- (52) - N. Hartmann, *Ethik*, pp. 605/606, cfr. Paniagua, op. cit., p. 201.
- (53) - J. M.^a R. Paniagua, op. cit., p. 175.
- (54) - Sobretudo Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cfr. Canaris, op. cit., pp. 77 e 86.
- (55) - M. Scheler, *Formalismus*, pp. 128, cfr. Paniagua, op. cit., p.176.
- (56) - N. Hartmann, *Ethik*, p. 422, cfr. Paniagua, op. cit., p.176.
- (57) - N. Hartmann, op. cit., p. 315 ss., cfr. Paniagua, op. cit., p. 176.
- (58) - M. Scheler, *Formalismus*, p.135, cfr. Paniagua, op. cit., p. 177.
- (59) - cf. J. M.^a R. Paniagua, op. cit., pp. 181/182.
- (60) - J. M.^a R. Paniagua, Idem, p. 182.
- (61) - Maia Gonçalves, Código Penal (Revisão de 1998), Introdução, Parte Geral, p. 25.
- (62) - cf. art.17º, n.º 2 do Código Penal.
- (63) - Acórdão do S.T.J., doc. 31 de 108.
- (64) - Acórdão do S.T.J., doc. 91 de 106.
- (65) - Acórdão do S.T.J., doc. 4 de 50.
- (66) - Acórdão do S.T.J., doc. 66 de 118.
- (67) - Acórdão do S.T.J., doc. 27 de 78.
- (68) - Acórdão do S.T.J., doc. 27 de 78.
- (69) - Acórdão do S.T.J., doc. 43 de 108.
- (70) - F. Heinemann, *A filosofia no século XX*, cit., p. 443.
- (71) - F. Heinemann, op. cit., p. 443.
- (72) - Ibidem.
- (73) - Ibidem.

Perelman faz-nos notar, no texto acima referido, que a necessidade desta salvaguarda não se colocava para as sociedades primitivas, de estrutura tribal, uma vez que a igualdade dos seus membros era garantida por um passado comum e pela ligação a um mesmo antepassado real ou imaginário. Ali, os ritos e as tradições contribuíam para a consolidação daqueles vínculos e os direitos e obrigações de cada um estavam bem definidos e fundados no costume.

A questão da salvaguarda da dignidade da pessoa humana apenas ganha pertinência e constitui, de facto, um novo problema, a partir do momento em que a organização da sociedade se torna mais complexa, com o surgimento de Estados cuja extensão requer a coexistência de diversas comunidades com tradições e religiões diferentes. Foi nesse quadro de complexidade, gerador de problemas novos, como o da tolerância, da protecção das minorias e do indivíduo, que se operou, na opinião de Perelman, a dissociação entre “dignidade” e “integração” do indivíduo na família, na tribo, na nação ou qualquer outro grupo de filiação ideológica. Só a partir desta dissociação faz sentido fundar uma teoria do *homem titular de dignidade e de respeito*, porque estes passam a ser-lhe devidos unicamente pela sua qualidade de homem.

A função operada por esta dissociação permite-nos compreender as razões pelas quais a sociedade ateniense, não obstante ter constituído, no plano da sua *praxis* política, o primeiro espaço simbólico de livre e público exercício da razão, de que fala Habermas, e ter por isso contribuído de uma forma decisiva para a formação do conceito de dignidade da pessoa humana, assente no livre exercício da sua razão, no plano do conhecimento e do agir como *praxis* comum, esteve perto e longe de poder construir o conceito moderno de “direitos de personalidade”. Os gregos não tinham sentido necessidade de elaborar o conceito de direito, como direito individual. O fundamento da justiça do Estado era o mesmo que presidia à regulação da natureza e do cosmos. Não faria qualquer sentido estabelecer direitos individuais à margem duma ordem da qual o homem era já parte.

Leite Campos, ao procurar situar historicamente o surgimento dos direitos de personalidade, dá-nos um princípio explicativo que pode ajudar-nos a compreender a razão pela qual terá sido inconcebível para os gregos o

formular a dissociação, proposta por Perelman, entre “dignidade humana” e “integração” na comunidade, neste caso, na *Polis*: “O Estado, emanção da totalidade cósmica, consumia o social, o político e o religioso numa unidade natural que absorvia inteiramente o homem. Direitos do homem contra o Estado? Impensável; tal como para o cristianismo não há direitos do homem perante Deus (Pai)” (2).

O direito medieval, na baixa Idade Média, constituía, como vimos no início deste trabalho, uma mera aplicação do costume. No momento presente da nossa reflexão a aplicação do “costume” pelo senhor feudal nas almotaxarias, rodeado pelos almotacéis, sugere-nos algo muito idêntico às formas de regulação tribal, anteriores ao momento em que se operou a dissociação entre “dignidade humana” e “integração” a que fizemos referência. Razões políticas e económicas fizeram evoluir este direito incipiente para formas de direito culto, conceptualmente enformado pelo direito romano, mas alicerçado profundamente nos fundamentos da moral cristã.

Dos gregos para da Idade média há um notável retrocesso, que podemos classificar de radical, no que concerne ao livre e público exercício da razão. Mas, algo paradoxalmente, na sociedade medieval, em que o espaço público se torna espaço de ostentação do poder e fenece o exercício livre e público da razão individual, o jusnaturalismo cristão vai alicerçar sobre uma relação entre iguais, as bases da personalidade humana individual. É paradigmática a doutrina de S.^o Agostinho que funda o princípio da igualdade entre todos os homens no facto de todos serem dotados de razão e criados, por igual, à imagem e semelhança de Deus. Em coerência, proclama que o domínio de um ser racional sobre um outro ser dotado de razão só pode ser contrário à vontade divina.

Sobre este argumento forte - o da autoridade divina - foi constituído o princípio de salvaguarda da dignidade da pessoa humana e alguns direitos da pessoa, como sejam o direito ao seu corpo, à sua vida, ao seu espírito. Essa circunstância terá permitido o esboçar a defesa da dignidade da pessoa humana face aos demais e contra a arbitrariedade do Estado e de um direito assente nos privilégios e prerrogativas conferidas selectivamente a classes de pessoas.

Até à sua consolidação, esta ideia de tomar o homem titular de dignidade e de respeito, teve de percorrer tempos agrestes, como haveria de acontecer sempre que a palavra foi comando ou mandamento ou conjunção de ambas, quando o poder temporal e religioso se confundiam. Os profetas, como nos ensinam Pierre Clastres (3) e Perelman, e os padres da escolástica, desempenharam um papel importante na asserção da razão individual contra o poder institucionalizado, fazendo-o, embora, enquanto porta-vozes de Deus e ainda confinados ao espaço da comunidade religiosa a que pertenciam.

Perelman dá-nos conta de que coube à Filosofia Ocidental, desde a antiguidade clássica, dar um passo decisivo para a ultrapassagem daquela dimensão comunitária de filiação religiosa, promovendo o debate em torno de valores universalmente admitidos, cabendo-lhe, por isso e acima de tudo, o mérito de ter feito da verdade e da razão instrumentos de emancipação do pensamento.

4. 2. - Direitos humanos e Modernidade

Na sua obra *Le Triomphe du Droit Naturel: La constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'Homme*, R. Barny dá-nos conta, nos elementos significantes que congrega esta fulgurante titulação, do momento histórico da primeira proclamação universal dos direitos do homem e do cidadão. Nele se pressente o triunfo de uma ideia que, não sendo nova, se afirma como estandarte de ruptura com o Antigo Regime e como afirmação de algo radicalmente novo, o homem-sujeito, autónomo e plenamente racional, orgulho da Ideologia Liberal.

Em bom rigor, como no-lo mostra Ernest Tugendhat (4), na Antiguidade Clássica não existia sequer o conceito de “direito” como prerrogativa outorgada a um sujeito (o cidadão) de poder reclamar de outrem a concretização de um direito que lhe é devido ou, no exercício da mesma liberdade, renunciar ao seu cumprimento. Trata-se de afirmar positivamente direitos de um sujeito, pelo facto de o ser. A Modernidade fará consagrar plenamente esta acepção de direito que ganha uma particular visibilidade na noção de “direitos subjectivos”.

Também sob este aspecto se dirá revolucionária a construção moderna do direito que rompe a clássica acepção de “direito”, perfilhada por gregos e romanos, que o entendiam como conceito complementar do de “obrigação”: se eu devo dinheiro a alguém eu tenho obrigação de lho restituir e ele tem o direito simétrico de me exigir a liquidação da dívida. À Idade Média se deve o processo de lenta e fecunda maturação desta “revolucionária” ideia moderna de direito referido a um sujeito.

Poder-se-à dizer que este dispositivo de “direitos humanos subjectivos” é, porventura, a criação moderna que melhor personifica a profunda ruptura que os modernos haverão de estabelecer face aos fundamentos do direito clássico helénico e romano e, apesar daquela referida semente de intencionalidade que não germinara no seu tempo, de ruptura também com o direito vigente em toda a Idade Média.

A ética e o modo de ser justo de cada cidadão (*politès*), a esforçar-se por controlar o seu eu passional para atingir o verdadeiro saber, eram os pilares essenciais sobre que se escorava a justiça helénica. Era na medida em que conseguia atingir esses desígnios que o cidadão acedia, por pleno direito, à condição de aristocrata. Para os gregos, tomar-se justo representava ultrapassar o desconhecimento e a impulsionalidade, de modo a atingir o princípio superior de justiça que conferia harmonia ao universo e ao homem. Pelo exemplo das suas obras, o cidadão justo estabelecia o próprio fundamento da cidade ou da praxis como actividade comum. Mas este esforço de realização ético-política comprometia também o poder político que presidia aos destinos da “*Polis*”, a implicar da sua parte uma concreta aplicação do direito filiada num princípio superior da justiça que se manifestava na justa partilha de bens consoante o mérito e proporcionalidade aferidos pelos aplicadores da lei.

Na opinião de Stamatios Tzizis, este conceito de justiça dá uma certa distância à justiça política, continente dos direitos do homem, na medida em que esta comporta já uma estranha mistura de elementos teológico-utilitários, como sejam a indulgência, a solidariedade, a generosidade e outros valores morais (5). Desde este ponto de vista, os direitos humanos são essencialmente tributários do jusnaturalismo cristão, cujos conceitos efectivamente incorporam mas, simultaneamente, subvertem, como haveremos de mostrar.

Em face do que dissemos, os direitos contidos na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, rompem com este universo ético do direito clássico e com a história. À justiça, fruto da ascese e da contemplação contrapõem uma justiça dessacralizada, como forma evidente de romper com a ordem com a arbitrariedade do poder estabelecido e personificado no Antigo Regime. No cerne desta ruptura está a consagração do sujeito de direito, que personifica o “triunfo da razão individual filha do progresso das Luzes para realizar a felicidade terrestre” (6), como centro giratório de todo o sistema normativo da modernidade e como sujeito dos direitos humanos.

Com o triunfo a razão triunfa também a paixão revolucionária que está na génese da formação da vontade geral proclamada no art. IV da Declaração como encarnação da lei. Neste percurso, o individualismo cosmopolita triunfante despoja o indivíduo da sua condição de ser histórico, atribuindo-lhe uma realidade incorporarl: a de um “ser sem ser”, caracterizando a dessubstancialização que caracteriza a figura juridico-formal do “sujeito de direito”.

O título da Declaração de 1789 comporta, antinomicamente, a menção de “homem” e de “cidadão” como titulares dos direitos humanos. Se o conceito de “cidadão” se conforma com mais justeza, pelas razões expostas, à ordem jurídica nascente, a titularidade conferida ainda ao “homem” liga-se ainda, do nosso ponto de vista, ao sentido profundo de uma universalidade que se pretende não exclusivamente à lei positiva, mas que se funda ainda no ser natural do homem de inspiração cristã.

A relação dos direitos humanos modernos com o legado jusnaturalista cristão, iniciado na carta de S. Paulo aos Gálatas e sistematizado com S. Tomás, não pode deixar de ser problemática. O cristianismo teve o mérito de incorporar no mundo ocidental o conceito de justiça assente sobre a dignidade humana e o amor ao próximo. Sob esta perspectiva indivíduo eleva-se à condição de “pessoa” uma vez que se lhe confere a dignidade de ter sido formado à imagem e semelhança do Deus-Pessoa. Acresce ainda que a concepção cristã da justiça é manifesto de ruptura com a justiça retributiva do “dente por dente, olho por olho”, na medida em lhe contrapõe a compaixão e o perdão.

Os direitos humanos naturais cristãos, fundados nesta proclamação profundamente revolucionária, assentam sobre uma “individualidade” distinta da que é proclamada pelos direitos humanos da modernidade, também eles revolucionários, por distintas razões, trata-se ali de uma individualidade personificada na filiação divina do homem. A dignidade humana que, apesar de uma laicização profunda da sociedade tomada civil, transita do cristianismo para a modernidade, está agora legitimada, como se diz no preâmbulo da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, pela transcendência de um novo “Ser Supremo”, abstracto, já não mais o Deus-Pessoa de Paulo e Tomás.

Os “direitos humanos”, assim concebidos, surgem apenas a partir do momento em que, como ensina Jorge Miranda, se opera a grande mudança iniciada no século XVIII com a Declaração de Direitos de Virgínia, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e, sobretudo, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (7).

A partir destes documentos a modernidade teve o mérito de instaurar uma ordem ético-normativa revolucionária, em matéria de salvaguarda da dignidade da pessoa humana, incorporando o prestígio do conceito de valor da pessoa humana, carregado pelos jusnaturalismos cristão e racionalista, proclamando “que todos os cidadãos são, por natureza, livres e iguais em direitos”.

Esta construção da modernidade, apesar das mutações e rupturas com a tradição é, como vimos, tributária da doutrina jurídica do Direito Natural e da crença, religiosa ou racionalmente fundada, de uma Justiça universal comum a todos os homens, assente na imutabilidade dos princípios do direito, cuja vigência escapa à erosão do espaço ou do tempo. No entanto, o paradigma do Direito Natural não resistiu, como diz Celso Lafer, à erosão provocada pela intensidade crescente dos processos de *secularização*, *sistematização*, *positivação* e *historicização* da modernidade, cedendo o passo ao novo paradigma da Filosofia do Direito.

A racionalidade que transita do jusnaturalismo racionalista para a Filosofia do Direito da Idade Moderna, e que perdura até ao Julgamento de Nuremberga nas várias configurações do positivismo jurídico, é resultado da conjugação da crença universalista de um direito natural com a crença, iniciada

com Descartes, nos paradigmas da certeza da ciência e da lógica, isto é, nos processos de produção de evidência empírica e racional.

A natureza híbrida desta crença vemo-la ilustrada no subtítulo da *"Filosofia do Direito"* de Hegel em que o autor define a sua obra como *"Compêndio de Direito Natural e Ciência do Estado"* ou no preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América, documento que ilustra ainda o efeito do atravessamento do paradigma racionalista da modernidade pelo Direito Natural de inspiração cristã, fazendo-se ali referência expressa ao fundamento divino da liberdade e igualdade de direito.

Neste berço de tradição e modernidade cresceram os direitos do homem e foram progressivamente sendo consagrados no direito interno dos diferentes Estados, primeiro numa perspectiva emancipatória exclusivamente liberal de afirmação dos direitos negativos, onde se proclamam as liberdades do cidadão face ao Estado, depois evoluindo para uma perspectiva também social de consagração dos direitos positivos, também chamados direitos humanos de segunda geração.

Apesar das antinomias que encerra, a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" é porventura o primeiro instrumento jurídico com vocação universal sobre direitos humanos, mais importante pelo que representa em termos de ruptura com o despotismo e pela visibilidade dessa ruptura, do que pela inovação e salvaguarda efectiva da dignidade da pessoa humana. Em todo o caso ela abre caminho a uma ordem ético-normativa que teve o mérito de romper com a ordem jurídica característica da Idade Média e do Estado estamental (ou monarquia limitada pelas ordens) em que, como refere Jorge Miranda, "os direitos atribuídos pelos príncipes surgem como direitos de cada categoria social, como privilégios ou prerrogativas" (8).

De alguma forma as antinomias do texto da declaração de 1789 e a estratégia jurídico-política imposta pela ideologia dominante do positivismo jurídico, contribuíram para aprofundar o fosso entre as convicções humanistas e as prática jurídica que impôs como prioritária a conformação da condição humana à legalidade em vez da conformação da legalidade às necessidades do homem. Deste modo, tornando o homem subalterno da lei-valor-absoluto, a modernidade abriu caminho à "ruptura totalitária" que haveria de se consumir

na II Guerra Mundial, com o extermínio em massa de grupos humanos considerados “supérfluos” e “descartáveis”.

Se a modernidade trouxe no seu alvorecer a consagração formal dos direitos do homem, a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” de 10 de Dezembro de 1948 constituiu o entardecer do seu amadurecimento, enquanto momento definitivo da sua internacionalização, “como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações”. Todo o esforço, desenvolvido pela comunidade internacional no pós II Guerra Mundial é feito no sentido do aprofundamento e internacionalização dos direitos do homem. Com ela começará a estruturar-se de forma mais consistente, a protecção internacional dos direitos do homem, através de instrumentos jurídicos de âmbito internacional ou regional e de tribunais internacionais próprios.

A noção de “direitos do homem”, apesar da ancoragem dos seus princípios a formas positivas e a jurisprudência produzida nas instâncias que dirimem os conflitos desta natureza, continua a ser objecto de uma procura de fundamentação que, como sugere Perelman (9), se pretende simplesmente suficiente e que, mesmo não garantindo o afastamento de todas incertezas e controvérsias futuras, afaste neste momento histórico concreto as dúvidas e desacordos actuais. Mas, como veremos no ponto 3. da presente reflexão, a propósito das inflexões tecno-científicas e do subjectivismo radical, o seu sentido é objecto de tracções que não são inocentes do ponto de vista dos fins que através do uso perlocutório da noção e da sua marcação ideológica se pretendem almejar.

É num quadro de preocupações desta natureza que Carlos Ignacio Massini (10) afirma a necessidade de desconstrução da ética utilitarista do individualismo anglosaxónico, que pressupõe um arquétipo de homem plenamente racional, autónomo e independente - o Homem ideal da ideologia liberal. Onde a moralidade mais elevada é a que torna possível a cada um desenvolver o seu planos de vida, sem reconhecer nenhum bem humano objectivo, designadamente os bens sociais que tornam possível o desabrochar livre da **personalidade**.

Massini, a exemplo do que fará Celso Lafer, parece não reconhecer muita consistência ao contributo dado pelas “teorias consensualistas” em matéria de fundamentação do sentido dos Direitos Humanos. Sublinha, como

elemento de fragilidade daquelas teorias o facto de partirem de pressupostos que não fundam, construindo um discurso racional que apresenta sempre algo mais para além do consenso. E exemplifica: Bobbio, diz ele, “supõe gratuitamente e sem procurar sequer demonstrá-lo, que os Direitos Humanos são algo de desejável, portanto, *bom*”; Perelman, “da por suposto o valor das regras da Retórica, que são prévias ao assentimento do *auditório universal*” e Habermas, por fim, “pressupõe o valor das leis do *discurso livre de domínio*, leis que não estão sujeitas à prova do consenso” (11).

A carência de fundamentação dos Direitos Humanos pelos autores contemporâneos, juntamente com o medo de supor “algo mais” que o simples consenso, conduz a uma atitude “metafísica” e, portanto, jusnaturalista a que todos parecem ter verdadeiro horror. Como fundamentar então, a “vaga mas poderosa ideia da dignidade humana” de que fala Dworkin ?

A falta de fundamentação terá levado a uma surpreendente inflação de declarações e de direitos humanos. Na sua obra “Direitos Humanos no pensamento actual”, Massini vai ao ponto de dizer que assistimos à degradação de uma ideia que, à força de querer significar tudo, acaba não significando nada. Trata-se, segundo ele de uma inflação de “direitos”, de discursos excessivos em formas retóricas e, acima de tudo, insuficiente do ponto de vista semântico.

A parcial indefinição semântica terá levado mesmo a estranhas contradições: os Direitos Humanos que deveriam tornar mais humana a convivência, criam eles próprios, pela sua inserção nas teorias individualistas, problemas de coesão social. A perspectiva comumente aceite e ideologicamente marcada de direitos humanos revela uma natureza centrífuga que tende para a desagregação social uma vez que radica apenas nas reclamações dos “sujeitos individuais” frente aos seus iguais e frente ao Estado.

A dilucidação da própria expressão “Direitos Humanos” faz relevar três tipos de problemas a resolver: o problema da sua necessária fundamentação, um problema da sua “medida” e, por fim, a denúncia da consolidação do individualismo como única saída.

Sofremos o impacto da vaga de racionalidade económica, provocado pela transposição linear da “racionalidade económica” para o campo da ética e

do direito, problema a que se associa a redução dos direitos à indeterminabilidade do arbítrio. Parece não estar em questão o facto de o homem ser o sujeito necessário dos direitos humanos e o Direito ser uma “condição da pessoa”. Importa elidir o modo uniforme como se desenvolvem os direitos humanos sem atender à necessidade da sua ponderação segundo exigências reais.

Importa, por isso, superar o monismo epistemológico que tudo nivela artificialmente. Daí a pertinência da proposta de Massini no sentido de completar o Direito, enquanto condição das pessoas, por uma ontologia da vida humana e cultural de molde que a satisfação das pretensões do indivíduo não ameace os direitos das pessoas.

4. 3. - Reconstrução dos direitos do homem segundo Hannah Arendt.

Partindo da sua própria experiência-limite de apátrida, a quem todos os direitos foram negados com a supressão do elementar direito de cidadania, Hannah Arendt empreende um lúcido caminho de reflexão sobre o fundamento e salvaguarda dos Direitos do Homem. A sua primeira preocupação vai no sentido de questionar a transcendência dos Direitos do Homem, que o jusnaturalismo triunfante da Revolução postulava como sendo conaturais a todo o homem, para os reconduzir à condição de um mero “construído” outorgado pela prática e teoria políticas.

O exercício crítico-reflexivo sobre o designou “experiência-limite”, permitiu-lhe fazer o esmiuçamento da fenomenologia da privação de direitos e dos processos meticulosos pelos quais o estado nazi executou criteriosamente e até ao limite, pela supressão da intimidade e da própria liberdade para pensar, o aniquilamento completo da pessoa humana. Isso lhe permitiu concluir que se a própria reserva da vida íntima e a liberdade para pensar lhe podem ser negadas, é porque não são um *dado* conatural ao homem. E assim sendo, menos o serão, *a fortiori*, os direitos de reunião, as liberdades negativas, como a liberdade de expressão e demais utopias consagradas pela ideologia liberal sobre os pressupostos jusnaturalistas cristãos e racionalistas.

Nesta conformidade, os direitos humanos não podem nunca estar a salvo de novas investidas de “estados totalitários de natureza” e não podem confiar-se, segundo Hannah Arendt, à guarda dos “consensualistas”, como Habermas, Perelman, entre outros, cuja boa-fé não chegará, na sua perspectiva, para estancar uma nova arremetida da barbárie.

A experiência limite, que a autora compartilhou com milhares de milhar de seres humanos, como ela considerados “supérfluos” e “descartáveis”, fê-la tomar consciência de que o “direito de cidadania” é a previa e necessária condição de todos os demais direitos humanos que conferem ao indivíduo a condição e a dignidade de pessoa humana. Por essa razão ela o designa como o “direito a ter direitos”.

Fora desta “construção” que é o *direito de cidadania*, o ser humano pode bem ser personificado na figura de Chaïm, errando com culpa formada de ser “supérfluo” e “descartável e, nesse sentido, “abjecto” porque errante entre a condição animal e a de ser humano.

Perante este quadro delineado por Annah Arendt, não podemos deixar de ter presente aquele outro, delineado por Michel Foucault, cujos traços se reportam à experiência vivida no início do século XIX. De facto, levando à prática uma estratégia justificada pela lógica da produção capitalista, a modernidade soubera criar instituições de disciplina aptas a produzir, pela sujeição a dispositivos vários de vigilância e ao poder microfísico, um sujeito dócil e apto para assumir o seu lugar no sistema produtivo e as suas responsabilidades jurídicas no seio da sociedade civil.

A modernidade foi diligente no fazer conduzir à clausura generalizada os membros não aptos para o sistema produtivo, como delinquentes, idosos e doentes mentais, criando instituições apropriadas, cadeias, lares e reformatórios psiquiátricos. Da amplitude de toda esta empresa Moderna nos dá eloquentemente conta a obra de Michel Foucault.

Passado pouco mais de um século, o totalitarismo fez evoluir os dispositivos de vigilância disciplinar da modernidade, através da lógica de um utilitarismo e funcionalismo macabros, para instituições de extermínio generalizado de grupos humanos, levando a um paroxismo impensável de servidão a vigilância disciplinar e o sonho utópico do déspota esclarecido de centralizar sob um só olhar o controle político de toda a sociedade. À utopia

iluminista e ao projecto architectónico panóptico de Bentham, sucedeu o campo de concentração como projecto architectónico e o sonho totalitário de purificação da raça através do extermínio metódico e burocrático de seres humanos. Ao despotismo iluminado sucedeu o despotismo das trevas e a confrontação brutal dos povos do Ocidente com a natureza inédita de um crime contra a humanidade que caracteriza o que de mais específico tem, para Hannah Arendt, a “ruptura totalitária” com toda a experiência anterior da humanidade (12).

O direito de cidadania é a condição-base de objectivação de direitos formais no quadro de um Estado de direito e é, por isso mesmo, condição de acesso ao espaço simbólico de “livre e público exercício da razão”, condição essencial de afirmação da dignidade da pessoa humana. Mas a base mesma dos direitos humanos convoca, indubitavelmente, algo mais do que a legalidade. Convoca necessariamente um requisito de legitimidade, isto é, um fundamento axiológico que lhe confere validade, razão pela qual nos repugna considerar os direitos fundamentais como estrito “construído” que denote, sem mais, o fruto de uma *voluntas* estrita do Legislador e do poder executivo e sem nele fazer reflectir aqueloutro elemento constitutivo do direito.

Pode dizer-se que não faz muito sentido falar de “Direitos Humanos” fora do quadro de relação do indivíduo com o Estado de direito democrático. Mas o fiel garante da sua validade como direitos humanos essenciais é uma esclarecida consciência crítica da comunidade que tem já na comunidade política e no Direito internacionais um princípio de garantia do respeito pelos direitos humanos. Face ao perigo real de, a qualquer instante, podermos ver emergir “novos estado totalitários de natureza”, o que não pode dispensar-se, de todo, é aquela consciência crítica e os indispensáveis meios para a mobilizar. Daí que a salvaguarda dos direitos humanos, à escala planetária, não possa ser hoje pensada sem a “disponibilidade” dos órgãos de comunicação social para realizar capazmente a sua tarefa de informar. Das razões que condicionam essa “disponibilidade” dos *media* nos regimes de democracia política nos fala, com autoridade e competência, Noam Chomsky na sua obra *Manufacturing Consent*. Recentemente se viu, no genocídio levado a cabo em Timor, como, de um modo inverso, uma comunidade desperta pôde levar a reboque uma sofisticada mas atávica consciência dos

grandes gigantes da informação mundial que, no entanto e uma vez desperta, pôde funcionar como um efectivo “rolo compressor”, como alguém lhe chamou, e que ninguém mais pôde deter.

A noção de direitos humanos não se restringe hoje apenas à consideração dos “direitos subjectivos”, uma vez que, para além destes, há os direitos que se objectivam na relação com a comunidade e com o Estado e, outros ainda, que nos são devidos apenas enquanto membros da comunidade humana global. No entanto, mesmo que pretendêssemos restringi-los a meros “direitos subjectivos” estes não poderiam ser dissociados do seu necessário complemento, as obrigações, sem as quais não são pensáveis os direitos dos outros. Nuclear em todo este processo será como veremos a figura de pessoa-humana e o quanto a ela se liga em matéria de (re)construção de uma reciprocidade potenciadora da realização última de uma comunidade humana assente no reconhecimento intersubjectivo.

Não faz sentido algum proclamar a mera fruição de “direitos humanos” sem um princípio de equidade e de reciprocidade. A proclamação dos direitos humanos só pode ser entendida, na sua natureza essencial, como um desafio dirigido à convivência colectiva e não ao solipsismo narcísico.

Hannah Arendt introduz na esfera dos Direitos Humanos a distinção entre direitos privados e direitos públicos. É muito significativo, a este propósito, o comentário-resposta proferido pela autora num simpósio sobre “Políticas Públicas e Humanidades” na Universidade de Columbia em que, segundo Lafer, terá observado que “não lhe parecia apropriado o pressuposto individualista de que os nossos direitos são privados e as nossas obrigações são públicas”. Esta questão encontra adequado desenvolvimento na sua obra “Public Rights and Private Interests”, publicada postumamente. Aqui a autora fundamenta a necessidade de considerar separadamente a esfera pública e privada, em razão de serem também diferentes os objectivos e as preocupações que comandam uma e outra.

Tem razão a nossa autora quando diz que o horizonte temporal limitado da vida individual de cada um de nós é o que confere aos interesses que aí se acolhem uma *premência* particular. É disso testemunha o eterno conflito entre interesses individuais, firmados sobre um direito de posse, e os interesses relativos ao bem comum que apenas podemos partilhar sem possuir.

A igualdade, como é consabido, é postulada pela ideologia liberal como um direito conatural ao homem e forma com a liberdade e a segurança uma tríade de princípios que garantem a “liberdade para escolher”. Hannah Arendt, não obstante contraditar este pressuposto de índole jusnaturalista reconhece que a igualdade é seguramente, e enquanto construção, um princípio da esfera pública. Através deste princípio de igualdade as pessoas, que por natureza e origens são diferentes, tornam-se ou presumem-se iguais.

O primeiro de entre os direitos públicos enunciados como bem comum, é o “direito de associação”, consagrado no art. 22 do *Pacto Sobre Direitos Civis e Políticos* da ONU. Hannah confere a este direito, que tem como paradigma a “associação voluntária” (13), condição de direito humano de primeira geração, enquanto direito individual exercido colectivamente. A “associação voluntária” pressupõe, acima de tudo, a afirmação ontológica da *pluralidade* e da *diversidade* da condição humana. É esta a razão que permite considerar o genocídio de um grupo, diferenciado pela raça, etnia ou por qualquer outro factor de diversidade, como um “crime contra a humanidade”.

De tudo quanto se disse resulta que a plena vigência dos direitos humanos convoca como necessários um *vínculo de cidadania* (ou o direito a ter direitos) e o *acesso à esfera pública*, condições que vimos serem também indispensáveis para a construção da igualdade.

O totalitarismo encontrou no *isolamento* o dispositivo ajustado para destruir a vida pública e com ela o exercício dos direitos individuais que se exprimem colectivamente. Hannah Arendt confere um relevo maior aos Direitos Humanos que se exprimem na esfera pública, indo mesmo ao ponto de o pretender ilustrar recorrendo à contraposição entre os radicais gregos *koinón* (que designa aquilo que é comum ou público) e *idion* (que designa o que é próprio de cada um) e, a partir daí fazer-nos notar que de *idion* derivam os termos idiossincrasia, idioma, mas também o termo *idiota*, o ignorante, porque vive apenas em sua casa e “desconhece a relevância do mundo comum e compartilhado” (14).

A esfera privada, tal como a esfera pública, tem também um princípio constitutivo: o “princípio da diferenciação”. Através dele se assinala a especificidade única de cada indivíduo. Na sua obra *The Human Condition*, a

nossa autora analisa “o social” que designa como esfera híbrida por escapar à distinção clássica entre esfera pública e privada, não obstante reconhecer que é nesta esfera *híbrida* que as pessoas passam a maior parte do seu tempo desde a Idade Moderna. O social tem como característica a variedade que permite inserimo-nos nela por necessidade de ganhar a vida ou realizar uma vocação.

É na esfera do social que nos associamos a pessoas, com as quais entramos numa relação de negócios e de interesses comuns. O princípio que caracteriza “o social” é ainda o da *diferenciação*, apesar de os riscos do conformismo social tenderem para homogeneidade. É neste quadro em que se pretende assegurar ao indivíduo a sua identidade própria e escapar aos riscos de homogeneização que, segundo a autora, se entendeu necessário abrir um espaço para a esfera da intimidade, cujo princípio é o da exclusividade.

Sobre esta “esfera da intimidade” diz Annah Arendt: “Aqui escolhemos aqueles com os quais desejamos passar as nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos; e a nossa escolha é guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um grupo de pessoas - ela não é guiada, de facto por nenhum padrão objectivo de normas, mas inexplicável e infalivelmente, afectada pelo impacto de uma pessoa na sua singularidade, na sua diferença em relação a todas as pessoas que conhecemos” (15).

É perante a possibilidade em aberto de que a esfera do social possa constituir-se como homogeneidade massificadora do ser humano, a que não falta o inevitável contributo dos media de massa, que urge delucidar o “direito à intimidade” quanto à sua natureza e função no quadro dos direitos humanos e suas diversas articulações com os demais direitos humanos fundamentais.

O conceito de *intimidade*, como valor positivo, oferece-se-nos como uma construção da modernidade, colhendo de Rousseau o sentido paradigmático que haveria de impregnar a grande literatura do século XIX e, em particular, a escrita autobiográfica, na valorização do “subjectivismo da vida emocional” e da “intimidade do coração”, com diz Lafer. Neste seu sentido fundador, a intimidade parece ter, na inviolabilidade intra-subjectiva, o seu *modus* privilegiado de ser e estar.

O totalitarismo soube perceber, que a intimidade, enquanto atitude básica do indivíduo moderno, era um reduto perigoso de resistência e de

conspiração, pelo que de pronto procurou urdir um dispositivo eficiente para sua liquidação, a “desolação” que, segundo Annah Arendt impede a vida privada, promove o desenraizamento e impede a vida contemplativa, pelo facto de não consentir nunca o “estar só mas acompanhado” que Cícero atribui a Catão : “*nunquam minus solum esse quam cum solus esse*” (16).

Arendt toma de Karl Jaspers a expressão “eu estou em falta comigo mesmo e não tenho tranquilidade para pensar”, para retirar a consequência de que a privação da cidadania e da identidade próprias, deixam o ser humano, ferido pela “desolação”, sozinho e sem liberdade para fruir sequer de uma vida intelectual activa. A propaganda e a ideologia, instrumentalizadas ainda pelo terror, concorrem para o estar sozinho da “desolação”.

Uma vez mais a *pluralidade* e a *diversidade*, como expressão da natureza da pessoa humana, estão presentes na reconstrução pretendida dos Direitos Humanos, mesmo tratando-se do direito à intimidade, onde estar sozinho é também uma forma de estar com os outros, não obstante a esfera definida pelo direito à intimidade ter como princípio legitimador o princípio da exclusividade. Como no-lo faz notar Celso Lafer, é o princípio da exclusividade que consente que designemos a intimidade como um direito autónomo de personalidade, distinto do direito ao nome, à honra ou à reputação. No entanto, também estes são importantes uma vez que tutelam valores que enformam a respeitabilidade e, nessa medida, facilitam a interacção social.

No plano jurídico o direito à intimidade é considerado, quer pela doutrina, quer pelas diversas concretizações no direito positivo que o tutelam, parte integrante dos direitos de personalidade e portador de um duplo sentido: expressão do direito de estar só, mas também do direito de não tornar público o que se considera ser a reserva da sua vida íntima e familiar.

A consagração do art. 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, após ela, e já com natureza imperativa, nos diversos instrumentos jurídicos que se lhe seguiram, com carácter regulamentador geral ou de âmbito mais regional, representa o reconhecimento do lugar e função que a destruição da intimidade desempenhara na gestão totalitária do poder durante a II Guerra Mundial. Hoje o direito à intimidade tem um debate em aberto, permanente e vivo, com o Direito à Informação. Sempre que se debate a questão do direito à intimidade, emerge quase sempre a preocupação face à interferência

crescente do poderes públicos na vida privada dos cidadãos e à intromissão dos jornalistas na vida íntima de cada um, sem que se possa invocar a legitimidade de uma autorização judicial precisa ou, no caso diverso, invocar a prestação um serviço público relevante através da notícia.

O Direito à Informação é expressão de um direito democrático que tem em vista permitir a participação “adequada, autónoma e igualitária” dos cidadãos num espaço público alargado e crescentemente dependente do ponto de vista funcional e normativo, da intervenção dos media. O Direito à informação, consagrado no art. 19º da Declaração Universal do Direitos Homem, encontra plena consagração de direitos e limites no nosso ordenamento jurídico onde a doutrina lhe faz corresponder um sentido tríplice, enquanto direito de “informar”, “informar-se” e “ser informado”.

O direito à liberdade de expressão e de opinião enunciado no mesmo art. 19, contém em si duas acepções de liberdade (negativa e positiva) que nos reconduzem, pelas preocupações que exprimem, aos princípios kantianos da *publicidade* e da *transparência*, notas constitutivas das sociedades democráticas. A declaração da UNESCO sobre os media de 1993, enquanto código deontológico supranacional, contém os princípios bastantes para uma efectiva democratização da informação, da solidariedade com os povos, envolvendo a classe dos jornalistas no compromisso ético com os valores do humanismo e a criação de uma nova ordem mundial da comunicação e da informação.

Importa é que a almejada “solidariedade” o seja no sentido em que o define Annah Arendt que, sob pretexto de definir a semântica do conceito, alude à intimidade como compaixão em Rousseau dizendo que a alma estilhaçada pelo sofrimento, não serve como princípio para guiar e inspirar a acção, mas, ao invés “a solidariedade, porque participa da razão e, portanto, da generalidade, que é capaz de apreender conceptualmente o múltiplo, inclusive humanidade, e não apenas multidão na forma abstracta de classes, nações ou povos (...) pode ser suscitada pelo sofrimento, mas não é guiada por ele” (17).

Na sua reflexão sobre a erupção da experiência totalitária que trouxe consigo a *ruptura* com a tradição humanística do Ocidente, Hannah Arendt reconhece-se surpreendida pela forma inédita como uma forma de

organização da sociedade alicerçada apenas no “tudo é possível” pôde derrogar o modelo estruturado de sociedade, como o da modernidade, escorado em valores consagrados da Justiça e do Direito. Surpreendente e inesperado surge também o reconhecimento de que a ruptura totalitária resultara de um desdobramento inesperado e não-razoável dos valores da própria modernidade.

A ruptura com a tradição ao mesmo tempo que provoca um hiato entre passado e futuro, consequencia o que Hannah Arendt designa por “desconcerto epistemológico” expresso na incapacidade manifesta pelo paradigma da Filosofia do Direito de, com a sua razoabilidade, dar conta da não-razoabilidade do paradigma totalitário (18).

O fundamento mesmo deste desconcerto epistemológico vai encontrá-lo Hannah na dissolução da identidade entre ser e pensar em que assentaria o pressuposto de harmonia entre o homem e o mundo. Num seu artigo de 1946 sobre a Filosofia da *Existenz*, Hannah Arendt identifica o criticismo kantiano como responsável pela separação entre Ser e Pensamento, entre pensar e conhecer.

Mas é da experiência de falência da autodefesa a cargo do paradigma da Filosofia do Direito que nasce a descrença de Hannah acerca da lógica do razoável, ou da virtude da prudência, que, segundo a nossa autora, é suporte daquele paradigma, apesar de reconhecer que a *lógica do razoável* ou a virtude da *prudência* aristotélica, tem por objectivo “integrar-nos no mundo” e encaminhar “adequadamente os dilemas cognitivos, por assim dizer normais, derivados das características da presença do Direito Positivo nas sociedades contemporâneas” (19).

Se as defesas organizadas pelo paradigma da Filosofia do Direito começavam a ser organizadas pela lógica do razoável, esta só emerge, do nosso ponto de vista como voz consistente e expressão de uma tomada de consciência face a erupção brutal da ruptura totalitária, após o Julgamento de Nuremberga, como solução possível de refundação do direito de cidadania e como contributo para a consolidação da democracia política e da democratização do próprio Direito, no quadro da sua aplicação.

O que nos mostra Perelman, designadamente em “Logique Juridique - Nouvelle Rhétorique” e em outras lições sobre o direito e a justiça, é que o

ponto de fragilidade do sistema jurídico que terá permitido a erupção totalitária foi o da própria cientifização do Direito, começada como sabemos no jusnaturalismo moderno e no tropismo aí iniciado pelos modelos tecnocientíficos modernos, ajustados à concepção geral do Direito e ao modo da sua aplicação aos casos concretos, com a consequente entronização positivista da Lei como valor absoluto. Esse absoluto, tomado como dispositivo logo-técnico ao serviço do totalitarismo, através da identificação da Lei com a vontade do Führer, terá permitido legalizar o genocídio totalitário.

Estamos convictos de que foi o extremar quase narcísico da perspectiva positivista de absolutização do Direito, tomado “ciência” e fonte de evidências empíricas e racionais, a par da sua aplicação por dispositivos lógico-dedutivos, com a intervenção mínima do juiz aplicador da lei, que tornou justamente dispensáveis a *ponderação* a *medida* e a *prudência* da lógica do razoável, e terá porventura que ser considerado como causa primeira da falência das defesas do direito moderno face erupção da ruptura totalitária.

Estamos convictos de que Hannah Arendt não terá subestimado o esforço conduzido em particular por Chaïm Perelman no quadro teórico da “Nova Retórica” e, portanto, num quadro de reabilitação da virtude aristotélica da prudência e da lógica do razoável. Hannah, do fundo da sua própria “experiência-limite”, terá lamentado que a razoabilidade paradigmática do Direito não tivesse podido constituir-se, no excesso da sua boa-fé, como barreira consistente para obstar ao genocídio totalitário e daí a sua desconfiança quanto à possibilidade da lógica do razoável poder constituir-se como travão à reinstalação de um novo “estado totalitário de natureza”.

Pela nossa parte valorizamos o contributo dos autores que Ignacio Massini designa por “consensualistas”, como Chaïm Perelman, Bobbio e Habermas, e em outro sentido Stephen Toulmin, entre outros, no sentido da identificação e superação do déficit de cidadania introduzido pela “ruptura totalitária” teorizada por Hannah Arendt, sem que, contudo, possamos ter a garantia de que a “nova retórica”, a “lógica do razoável” ou uma qualquer outra proposta assente na racionalidade argumentativa, possa constituir-se como barreira definitiva a fenómenos humanos daquela natureza, a não ser pelo seu contributo sério em ordem à elevação global do nível de cidadania e da consciência cívica e de respeito pelos Direitos Humanos.

Carlos Ignacio Massini denuncia com graça, para sublinhar a aridez filosófica em matéria de fundamentação dos Direitos Humanos, que o próprio Dworkin formula a sua tese de que todo aquele que sustente que devem tomar-se a sério os direitos humanos, deve aceitar *“a vaga mas poderosa ideia da dignidade humana”*, sem que ele próprio dedique uma só linha a explicitar esta sua tese (20).

Mas ele próprio, Massini, como se mostra no texto supra citado, sublinha ser próprio da condição do homem o ser sujeito necessário desses direitos, completando que o Direito é, acima de tudo, instrumento de realização da “condição da pessoa”, mas não nos elucida, ele também, sobre a forma como pode o homem aceder a essa condição, se pela sua própria natureza, se por determinação da razão, ou se pela cidadania. Outra razão lhe assiste, sem dúvida, quando denuncia a tendência para considerar o individualismo como única saída para os Direitos Humanos. O autor em presença equaciona estas preocupações procurando corresponder à necessidade de encontrar a justa “medida” de cada direito ou pretensão consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Estamos convencidos de que algumas dos problemas enunciados por Massini encontram uma resolução teórica consistente em Hannah Arendt que teve o mérito de alicerçar o labor de fundamentação teórica com o exercício reflexivo exercido sobre a experiência vivida, enquanto perseguida por ser de ascendência judaica, mas também enquanto apátrida e privada do direito de cidadania que ela muito bem designa como “o direito de ter direitos”, compatibilizando o seu labor de legitimação teórica com o conhecimento de causa.

Desapossada do direito de cidadania, Hannah pôde viver a experiência amarga de que todos os demais direitos fundamentais lhe eram indevidos, na lógica do sistema totalitário, beneficiando apenas, na sua errância apátrida, de direitos muito restritos como o do direito à saúde e ao asilo, mesmo em Estados onde as liberdades fundamentais estavam consagradas.

Daí Hannah concluir que o “direito de cidadania” é um direito que é condição de possibilidade dos demais Direitos Humanos, quer daqueles que são de foro mais pessoal, como o direito à intimidade, à livre expressão do pensamento, à vida, bem como dos direitos de âmbito mais social e que se

partilham com a comunidade, designados como direitos de solidariedade. É a privação do “direito de cidadania” que toma “supérfluos” e “descartáveis” os seres humanos e que consequencia a perda dos demais direitos fundamentais da pessoa humana.

A confrontação brutal com a privação daquele direito estruturante deu a Hannah Arendt a consciência de que os Direitos Humanos não são um dado, como supunham os jusnaturalismos cristão e racionalista mas sim uma construção política e ideológica.

Lafer chama a atenção para um importante artigo de Robert Legros intitulado: *Hannah Arendt - une compréhension phénoménologique des droits de l'homme* onde Legros põe em evidência a vulnerabilidade e inadequação da reflexão metajurídica tradicional, em matéria de fundamentação dos direitos humanos. Primeiro porque ao fazer da cidadania, na sua contingência e precariedade, de *meio* para a protecção dos direitos humanos enquanto valores universais, como a supunham jusnaturalistas e jusfilósofos, gera um primeiro paradoxo de ser um acidente a servir de fundamento a um valor universal; o segundo paradoxo é gerado pela constatação feita por Hannah Arendt de que os Direitos Humanos pressupõem a cidadania, não essencialmente como meio mas como fim, uma vez que, como ela mesma considera, a privação da cidadania afecta substantivamente a condição humana na medida em que “o ser humano privado das suas qualidades accidentais - o seu estatuto político - vê-se privado da sua substância”, o mesmo é dizer que “tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é a de ser tratado pelos outros como um ser semelhante” (21).

Deste modo, sendo accidental, a qualidade da cidadania é essencial como princípio da condição humana e nisto se traduz o segundo paradoxo da reflexão metajurídica contemporânea sobre direitos humanos de que fala Robert Legros.

Como bem no-lo mostra Perelman, importa correlacionar a prática dos genocídios cometidos pelo totalitarismo nazi com a doutrina jurídica dominante do positivismo jurídico. De facto, ao tomar a Lei e o Direito como valores absolutos acima da pessoa humana, o positivismo jurídico puro e duro, na sua aplicação mais fundamentalista, gera as condições que legitimam a aplicação

de qualquer lei, por mais monstruosa e arbitrária que seja, como terá sido o caso quando se identificou a vontade da nação com a vontade do Führer.

A reflexão sobre a natureza e função do “estado totalitário de natureza” conduzida por Hannah Arendt conferem uma acuidade inesperada e particular à reflexão sobre novos indicadores que apontam para a degradação dos direitos humanos e para a falência da Justiça e do Direito. A ubiquidade da pobreza, a ameaça do holocausto nuclear (de que se tinha aguda consciência à data da publicação dos seus escritos), a simultaneidade da explosão demográfica e das técnicas da automação (que criam condições para tornar uma vez mais “descartáveis” sectores consideráveis da população mundial), são alguns dos novos indicadores de crise a que temos de atender para falar seriamente na consagração plena dos “Direitos do Homem” neste cenário de fim do segundo milénio.

Trata-se, afinal, de repensar, como sugere Celso Lafer, “a reconstrução dos direitos humanos, numa época em que os homens em geral têm múltiplas razões para não se sentir nem à vontade nem em casa no mundo” (22).

A reflexão neste quadro obriga-nos a repensar o lugar e função do Sujeito de Direito, invenção útil da ideologia mercantilista, gerado no seio das instituições de disciplina da idade moderna, como bem nos ensina Michel Foucault em “Surveiller et Punir”, e sobre as condições que ele tem de ser hoje, de facto, sujeito legitimador do ordenamento jurídico, como pretendem Lafer ou Massini.

A adesão crescente de membros à comunidade das Nações Unidas e o correspondente aumento do número de signatários dos instrumentos jurídicos internacionais, que têm a incumbência de tutelar e de fazer respeitar os Direitos do Homem, através de instâncias judiciais internacionais de controlo, geraram uma justa expectativa de que poderiam estar criadas, efectivamente, as condições para o estabelecimento de uma nova ordem internacional.

Sem alarmismos, caberá ou não estarmos de sobreaviso, neste final de milénio, para o novíssimo risco de novas formas de ruptura com a tradição dos “Direitos Humanos”, ao se fazer confundir a salvaguarda efectiva dos Direitos Humanos, com a concretização, em seu nome, de estratégias unilaterais de dominação económica, militar, política e informativa do mundo ?

Quando num mundo de recursos escassos, património comum da humanidade, a ostentação da riqueza e o desperdício coexistem lado-a-lado com a fome, a miséria extrema, a falta de assistência médica e medicamentosa, a massiva mortalidade infantil, não podemos deixar de experimentar um profundo mal estar e a certeza de que, em matéria de concretização do espírito dos princípios proclamados na Declaração, 50 anos volvidos, está muito ainda por fazer.

Só na coerência das acções desenvolvidas conjuntamente, na coerência dos princípios e no reforço de um Direito Internacional cada vez mais actuante e respeitado pela comunidade das nações, poderemos eventualmente encontrar a legitimidade de reconstruir os Direitos Humanos e restabelecer a sua credibilidade aos olhos de todas as nações. Não pode consentir-se o julgamento sumário dos povos através da força, sem atender que, tal como no plano interno de cada país, caberá em primeira mão ao Direito e suas instâncias de aplicação, ponderar e julgar as condutas que violem os direitos do homem e dos povos consagrados no Direito Internacional. Importa antes, e para tanto, devolver ao Direito sua condição de instância de legitimação.

Caberá, por isso, à Organização das Nações Unidas, ao Direito Internacional e às instâncias que o aplicam, decidir em que circunstâncias será legítimo o uso da força e a violação do princípio da soberania contra Estados que violem, grave e sistematicamente, os Direitos Humanos nestes incluída a dissipação do património comum da Humanidade, dentro e fora do próprio país, na medida em que, à luz de um direito de pequena escala, para usar uma designação de Boaventura Sousa Santos, como é a do Direito Internacional, a soberania dos Estados é um conceito que tem uma função correlata da do conceito de cidadania própria de um direito de maior escala, como é o caso do direito interno de cada Estado.

4. 4. - Como pensar a universalidade dos direitos do homem.

O espaço público contemporâneo, herdeiro de um espaço público modeno-iluminista, pertença de uma elite homogénea mas restrita, expandiu-

se a uma escala planetária, como resultado do aprofundamento e consolidação da democracia e do contributo dado nesse sentido pelo desenvolvimento das novas tecnologias da comunicação. Com ele, não pôde deixar de se alterar profundamente a percepção do lugar do homem no mundo e do alcance dos seus direitos e deveres no seio de uma comunidade internacional.

Também com ele se alterou a concepção moderna de *comunidade internacional*, construída sobre o preconceito de que a heterogeneidade dos valores e das culturas dos povos deveria ser transitoriamente aceite, como um mal necessário, em vista da realização de uma comunidade universal harmoniosa que se consumaria pela concretização, à escala planetária, do modelo do sistema eurocêntrico moderno, para quem universalidade era correlata de uniformidade e homogeneidade (23).

De algum modo a pulverização do espaço público moderno-iluminista, o seu alargamento a uma escala planetária, a pressupor já uma nova ideia de universalidade, assente agora na “pluralidade” e na “diversidade” humanas e não apenas numa universalidade de razão, fizeram aportar a um espaço público em expansão, diferenças ideológicas, culturais e económicas que haveriam de estar na origem de uma considerável diversidade de apropriações dos direitos humanos pelos Estados da comunidade internacional. Desde a sua proclamação em 10 de Dezembro de 1948, foram muitas as alterações sofridas pelo corpo de princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ao analisar o trajecto evolutivo dos primeiros 40 anos da Declaração, Héctor Faúndez Ledesma destaca nele três gerações de direitos humanos: os direitos humanos de primeira geração consagram os direitos civis e políticos e exprimem, numa vocação emancipatória muito clara, a ideia da liberdade; os direitos humanos de segunda geração surgem sob o signo da igualdade, com a proclamação dos direitos económicos e sociais; no tempo presente surge, sob o signo da solidariedade, uma terceira vaga de direitos que, não fazendo ainda parte da declaração, começam a emergir e a reclamar para si a condição de direitos humanos. Estes novíssimos direitos exprimem o reconhecimento de que os seres humanos têm o direito e o dever de, conjuntamente, fruir e preservar valores como a paz, o desenvolvimento, o ar puro e a água limpa,

um meio ambiente são e ecologicamente equilibrado e o direito ao património comum da humanidade (24).

Varrida pelo vórtice destes novos ventos, a própria ideia de “universalidade” ganha uma nova dimensão que faz dela a concretização da ideia de um mundo interdependente mas diverso na singularidade dos seus traços culturais, expressão de uma comunidade de nações que pretende valorizar a livre asserção das pessoas e dos povos sem esquecer a solidariedade, a interdependência e o destino comum da humanidade. Emergiu, também, uma nova concepção de sociedade internacional assente numa pluralidade de sistemas de referência.

No tempo presente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem constitui um fundamento ético mínimo comum que preside à relação entre os estados e entre estes e os seus próprios cidadãos. A ela se deve o movimento centrífugo de vocação emancipatória, veiculador das liberdades e igualdades formais, indutoras do processo democratização alargada e, por outro lado, o movimento centrípeto de interdependência e solidariedade entre os povos.

Dobrámos já meio século sobre as tormentas que contextualizaram o toque a rebate do sino da boa vontade contra os genocídios em massa perpetrados, metódica e burocraticamente, no quadro da estrita legalidade. Tanto tempo volvido é pouco ainda para perceber se as condições que possibilitaram a experiência totalitária (que “levou às últimas consequências a modernidade que, na vertente capitalista, comportou o nazismo e na vertente socialista o estalinismo”) são ou não hoje ainda verificáveis (25).

Vencido o totalitarismo pela resistência dos povos, os direitos humanos continuam o caminho da sua reconstrução e a evoluir no quadro das contradições e constrangimentos gerados no seio das próprias ideologias, produzidas ou adoptadas pela modernidade no Ocidente.

O primeiro dos constrangimentos é introduzido pelo discurso da funcionalidade que se exprime na ideia de que é bom o que é tecnicamente correcto e que funciona bem. É o discurso da “performatividade óptima”, gerador da consciência tecnocrática que desestrutura, de forma irreversível, o discurso tradicional sobre o homem. De facto, ao promover a sacralização da tecnociência, transforma-a em fonte de ilimitadas possibilidades de domínio e

de transformação da natureza humana pelo próprio homem, como denuncia este nosso autor em termos habermasianos (26).

Mas a obra do discurso da funcionalidade completa-se no cadinho que transforma as ciências em novas instâncias de legitimação, destituindo o direito dessa nobre função que comporta ponderação e autonomia da faculdade de julgar, indissociáveis do exercício democrático do poder.

Em boa verdade, a capitulação do direito face às novas instâncias de legitimação tecnico-científicas, consequencia o enfatizar dos “direitos subjectivos” que, paradoxalmente, após terem sido uma arma de emancipação contra a dominação e os abusos do estado, tendem a tomar-se espaços de arbitrariedade, firmada na “ausência de limites” concedida pela consciência tecnocrática, dotando cada indivíduo do autocontrole necessário para o domínio de si próprio e dos outros. O homem do utilitarismo é do mesmo tipo do arquétipo de homem plenamente racional, autónomo, independente que a ideologia liberal exportou como modelo de sujeito portador de direitos humanos.

O trajecto delineado pelo discurso do subjectivismo hegeliano, aparentemente oposto ao da funcionalidade tecnico-científica, conduz, em termos de fundamentação, a um mesmo espaço de servidão nada consentâneo com o próprio movimento originário da proclamação libertária e individualista dos direitos humanos da primeira geração.

Constituída a Natureza como “exterioridade em si mesma”, de que o indivíduo necessita apropriar-se para aceder a uma existência propriamente humana, e estabelecida a distância entre o homem-sujeito e a natureza-objecto necessária ao processo de apropriação em causa, o movimento dialéctico de concretização deste processo hegeliano começa por transformar a Natureza em artefacto e, após ela, o Homem em artefacto de si mesmo, isto é, objecto tomado apto para ser apropriado, trocado, experimentado e alienado.

Paradoxalmente, o “direito à liberdade total”, incorporado pelo homem do subjectivismo radical faz dele um ser isolado e torna impraticável a possibilidade da sua coexistência, bem como a de uma paridade ontológica com os demais. Assim concebido, torna-se, de facto, obstáculo à construção dos direitos individuais que requer, impreterivelmente, a consideração da

intersubjectividade. No limite, o proclamado “*self-ownership*” afasta-o de si mesmo pela instauração da sua própria cisão entre sujeito e objecto.

Em face do que dissemos, é manifesta a falência dos discursos da funcionalidade e do subjectivismo, adoptados pela modernidade para fundamentar a universalidade dos direitos humanos, uma vez que, apesar de aparentemente antagónicos, parecem ser solidamente cooperantes no seu efeito desconstrutor da ideia de uma comunidade humana.

Num quadro de efectiva tensão, entre a soberania dos estados e a comunidade internacional, os direitos humanos apresentam-se hoje como “*gramática de vizinhança generalizada*, isto é, como instância juridicamente reveladora do sentido a imprimir ao rumo da sociedade internacional” (27).

Neste horizonte de novas solidariedades e interdependências, pensamos que está em vias de se alterar a condição de ser sujeito de direitos humanos. Na compreensão desse processo mostra-se particularmente fecundo o projecto de *reconstrução* dos direitos humanos de Hannah Arendt, a partir do conceito de *dignidade da pessoa humana* como suporte da universalidade dos direitos do homem. Com o seu contributo superamos a antinomia, gerada pelos discursos da funcionalidade e do subjectivismo radical, entre *universalidade* e *subjectividade* dos direitos humanos.

Hannah Arendt faleceu antes de ultimar a escrita de “Judging”. Deste livro tudo o que deixou escrito foi a página inicial encontrada ainda na sua máquina de escrever, mencionando o título do livro e duas epígrafes. Este seria o terceiro livro da trilogia a que deu o nome “The life of the mind”. Na obra “Lições sobre a Filosofia Política de Kant”, publicada postumamente, pensa-se que estarão reunidos os traços fundamentais que haveriam de integrar aquela sua obra, designadamente a valorização dos princípios kantianos da comunicabilidade e universalidade intersubjectiva da experiência reflexiva, tornados pedra de toque da arquitectura do pensamento de Hannah Arendt, em particular na convocação instantânea que faz da intersubjectividade para resolver a antinomia entre “universalidade” e “subjectividade” dos direitos humanos.

O eixo em torno do qual levaria a cabo “Judging”, consistiria, no essencial, em retomar a solução dada por Kant na *Crítica da Faculdade do Juízo* ao problema da fundamentação da universalidade do juízo de gosto a

partir do juízo reflexivo que acompanha a experiência estética. A universalidade dos direitos do homem encontraria, nesta solução anunciada por Hannah Arendt, uma fundamentação consistente através do juízo reflexivo, exercido sobre a singularidade da experiência humana da “situação-limite” de privação absoluta de quaisquer direitos humanos.

4. 5. A pessoa como categoria filosófica central dos direitos humanos

Dissemos, no início do ponto 3. deste trabalho, que o espaço público contemporâneo, mercê do desenvolvimento da própria democracia e do impulso das novas tecnologias, em particular das tecnologias da informação, se projectara a uma dimensão sem precedentes e que com ele não pudera deixar de se alterar a imagem do mundo e do próprio homem.

Preocupa-nos em particular perceber de que forma os avanços científicos e tecnológicos podem contribuir para a alterar a imagem do homem, nos planos do ser, do conhecer e do dever ser (ontológico, gnoseológico e moral). Um contributo neste domínio ajudar-nos-ia a situar melhor o fundamento dos direitos humanos e a natureza peculiar que faz deles direitos vinculados “ao respeito pela dignidade da pessoa humana”.

4. 5. 1. - A pessoa e as novas descobertas da ciência

É perceptível que os avanços nos domínios da investigação científica e da tecnologia contemporâneas têm implicações profundas na transformação da imagem do homem. E não apenas no que concerne às transformações exógenas, operadas no universo em que o homem se insere e que, correlativamente, alteraram os seus hábitos e necessidades, as suas condições de existência e de relação e, no limite, a sua visibilidade.

Referimo-nos agora, em particular, às consequências resultantes da investigação científica no domínio da biologia humana e às consequências daí advenientes para a formação de uma nova imagem do homem e para a redefinição das fronteiras do ser humano enquanto “pessoa” titular de direitos. A questão aqui subjacente é a da relação dialéctica entre “teoria”, enquanto “elaboração e justificação das propriedades essenciais que definem a pessoa humana” e a “realidade empírica”, enquanto “identificação das propriedades com específicas fases biológicas ou capacidade operativa do organismo humano, com a consequente admissão da pertença dos entes reais à classe lógica da *pessoa*”, questão central de um estudo elaborado por Laura Palazzani sob o título “*Essere umano o persona ? Persona potenziale o persona possibile ?*” (28).

Trata-se aqui de entender que os novos “factos” (biológicos) resultantes da verificação empírica no domínio da biologia humana, mantêm com os “conceitos” (filosóficos), que pretendem justificar as propriedades essenciais da pessoa humana, uma relação dialéctica, no sentido em que o conceito orienta instrumentalmente a acção e esta repercute-se no conceito enquanto síntese intelectual que apreende e justifica as propriedades essenciais da pessoa humana. Esta questão é tanto mais importante quanto o ser “pessoa” consequencia o reconhecimento e o “respeito” pelo seu valor moral e a titularidade de direitos que são escudo contra ingerências arbitrárias numa ordem social selectiva.

Parece de todo incontroverso o facto de que os resultados da investigação científica, efectuada nos domínios da genética, da biologia molecular, da embriologia e da neurofisiologia, ajudaram a tornar mais preciso o conhecimento sobre o funcionamento e estrutura do organismo humano, como também o das tecnologias substitutivas das funções vitais. Mas é apenas possível que os novos “factos” científicos venham também ajudar a antropologia filosófica a actualizar a sua resposta à questão sobre *o que é que é o homem*.

A resposta a esta questão foi sendo elaborada a partir de critérios definidos pela própria filosofia, procurando tornar apreensível a simultaneidade da vida biológica e da vida pessoal do homem. Desde os gregos se entende que o ser humano é também pessoa e, enquanto tal, actor de um espaço

público simbólico onde desempenhava um papel fundamental para o bom funcionamento da *polis*, contribuindo para a resolução do contraditório social. A “máscara”, a “persona”, constituía a sua própria condição de visibilidade como ser humano. De alguma forma o estatuto de “pessoa” outorgava ao ser biológico individual a condição-base da sua integração no todo social, a sua cidadania. De forma curiosa aproximamo-nos de Hannah Arendt e da condição prévia, por ela enunciada, para se aceder à titularidade de quaisquer direitos humanos.

Mas a indagação antropológica confronta-se hoje com uma viragem radical, que Laura Palazzani equipara, pela dimensão dos seus efeitos, à “revolução copernicana”, hoje direccionada para a alteração radical da imagem do homem, como aquela o fora em relação à alteração da imagem do mundo.

A revolução contemporânea a que se alude, vem anunciada pelos recentes resultados no campo da genética, da biologia molecular, da embriologia e da neurofisiologia, que obrigam a repensar, ou a construir pela raiz, categorias conceptuais que se ajustem à explicação dos novos factos biológicos. Neste quadro, de transformação e de erosão das categorias tradicionais sobre o homem, surge a categoria de “pessoa” que aqui nos ocupa de modo particular.

A partir dos novos dados da investigação biogenética começou a ser possível, para alguns autores, fundamentar a dissociação entre “ser humano” e “ser pessoa”: em uns casos entendida, como sublinha Laura Palazzani, no sentido de que “nem todo o ser humano é pessoa” (o que implica dizer que a classe dos seres humanos é mais extensa do que a classe das “pessoas”) em outros, no sentido de que “nem toda a pessoa é ser humano” (asserção ilustrada pela suposta existência de alguns “seres superiores”, sistemas inteligentes construídos artificialmente pelo homem). A autora faz-nos notar que a primeira das hipóteses consideradas deixa ainda em aberto a *possibilidade* ou a *potencialidade* de o indivíduo que não é ainda pessoa poder vir a aceder a essa condição.

Em todo o caso confrontamo-nos aqui com duas grandes possibilidades: a de uma identificação entre “vida humana biológica” e “vida humana pessoal”, em que nascimento e morte são em ambas coincidentes do ponto de vista cronológico; e a de uma outra que aposta na tentativa de justificar a

diferenciação entre “ser humano” e “pessoa”, insistindo na incoincidência temporal dos momentos de nascimento e morte do “ser humano” e do “ser pessoa”. A descoberta de novos *factos* biológicos parece re confortar os partidários da dissociação sobredita, na medida em que provocam a deslocação dos *confins teóricos* do *início* e do *fim* da pessoa humana (29).

A esta dificuldade acresce uma outra resultante do parcelamento do estudo da natureza humana que vemos associado à especialização crescente da ciência biológica. Estas circunstâncias, no seu conjunto, estão na origem de uma espécie de desconforto sentido na filosofia face a uma imagem de pessoa despedaçada, fugidia e incerta, “difícilmente reconduzível a uma compreensão exaustiva e unitária”. Laura Palazzini ao denunciar mesmo o risco de esvaziamento de sentido da identidade pessoal, que ela atribui ao “personalismo biológico” e ao “cientismo tecnológico” a quem imputa a responsabilidade de levarem por diante um processo que ela diz ser, simultaneamente, de despersonalização do ser humano e de dessubstancialização da pessoa (30).

A partir das novas descobertas científicas e face aos novos parâmetros objectivos da ciência biogenética, coloca-se à investigação filosófica a questão premente de fundamentar, justificando de forma consistente, os “confins da subjectividade pessoal” no quadro da vida humana biológica. A filosofia não pode eximir-se a um debate interdisciplinar intenso e aberto que envolve necessariamente todos os domínios interessados na reflexão antropológica em torno do termo “pessoa”. Mas algo nos diz que o contraditório que agora se perspectiva como desafio interdisciplinar, recoloca de algum modo na “ordem do dia”, uma vez mais, o problema do fechamento e da abertura dos horizontes de possibilidade do conhecimento sobre mundo e sobre o próprio homem.

4. 5. 2. - A pessoa humana e o “dever de respeito”

Um novo problema se nos depara quando procuramos saber como operar a passagem do plano do *ser* para o plano do *dever ser*. A questão

pertinente é a de saber, agora, de que forma poderemos nós fundamentar uma moral do “respeito” que entendemos ser devido à pessoa humana ?

Tomando como ponto de partida a Lei de Hume, que diz que *“do ser não é deductível, logicamente, o dever ser”* fica-nos, desde logo, vedada a possibilidade de fundar uma teoria do “respeito” da pessoa humana a partir do reconhecimento dos caracteres essenciais que a definem do ponto de vista ontológico.

Esta impossibilidade surge, de facto, a partir do momento em que nos colocamos sob o ponto de vista de uma filosofia que identifica “ser” com “factualidade” e em que a natureza deixa de ter uma valência normativa constitutiva. De alguma forma esta contingência é ainda o resultado da erosão do paradigma do Direito Natural, provocada, como atrás se disse, pela intensidade crescente dos processos de secularização, sistematização, positivação e historicização introduzidos pela modernidade.

A fórmula mais comumente utilizada para superar esta dificuldade parece ser a de convalidar a identificação kantiana da categoria filosófica com a categoria axiológica da pessoa humana, a partir da definição da pessoa como “fim em si”, isto é, como valor absoluto. Nesse sentido, basta reconhecer ao ser humano o estatuto de “pessoa” para que se encontre, na normatividade constitutiva da sua própria natureza, o fundamento da obrigação do “respeito” que lhe é devido. O conceito de “pessoa” torna-se, deste modo, equivalente ao de “sujeito moral”, ao de “ser humano digno de respeito” ou mesmo ao de “sujeito de direito/s”. Esta parece ser a fórmula mais frequentemente adoptada para fundar o respeito devido à pessoa humana e a titularidade de direitos humanos.

Ernest Tugendhat designa a solução kantiana como uma “metáfora” usada para resolver um clássico problema de como fundar direitos morais não outorgados mas que se reconhece serem devidos, moralmente, a todas as pessoas. A solução kantiana, segundo o nosso autor, é uma solução correlata da solução dada a esta questão pelo jusnaturalismo escolástico e, enquanto tal, encerra aspectos residuais da teologia. O conceito de “pessoa como valor absoluto” tem ainda algo de metafísico e intangível que se assemelha ao “grão de ouro existente no coração de cada um”, expressão com que o nosso autor denota a doutrina do Direito Natural. No entanto Tugendhat considera que se

pode até aceitar, num bom sentido, a noção de “Direito Natural” se, por exemplo, com ela se quiser designar “direitos que os homens têm independentemente de qualquer sistema legal positivo” (31).

Num mesmo plano de coerência, o autor admite que o postulado kantiano de valor absoluto pode também fazer sentido, mas apenas enquanto suporte da concepção de que toda a pessoa é portadora de direitos morais, concepção esta que implica a obrigação de respeitar por esse facto, qualquer pessoa. E, por tão pouco, considera, o nosso autor, não vale a pena manter aquele conceito metafísico. Basta que fiquemos com “a pura obrigação de respeitar todo o homem” em que respeitar signifique “respeitá-lo como portador de direitos”. Neste novo sentido o conceito de valor absoluto, referido à pessoa, é dispensável (32).

Basta que, alternativamente, estabeleçamos a conexão entre “respeito” devido ao homem e o “direito moral”, pressupondo a ideia de que alguém só é titular de “direitos morais” na medida em que tenha respeito por si próprio, isto é, enquanto tenha um sentido da sua própria dignidade. Estamos em presença de uma nova construção que o nosso autor designa por “moral de respeito mútuo”.

Trata-se de operar um movimento de autofundação da legitimidade moral dos direitos da pessoa humana. Mais, colocando-nos sob estas condições temos resolvido a questão da existência de direitos morais não outorgados e o “arbitrário” da sua outorga por sede que não tem competência para tal (33). Neste sentido, é pela submissão de cada um de nós a esta moral de respeito universal que operamos a outorga de direitos comuns a todos os homens.

Só a partir desta condição moralmente necessária - a da existência de uma moral universal - se pode dar um passo em frente e definir “direitos humanos” como direitos morais que, pelo facto de o serem, *devem* ser inscritos na lei fundamental de qualquer Estado que se pretenda “moralmente justificada”.

Quer se tome por adequada esta via ou a que nos abre a definição de pessoa como “fim em si”, os direitos humanos surgem sempre ancorados a uma justificação que não consente submeter-se ao arbitrário de uma conformação à positividade do texto, por mais sublimes que sejam os seus

termos e mesmo que a sua concretização, como parece evidente, não dispense, por dever moral, a sua inscrição no ordenamento jurídico dos países e no direito internacional. Mas só na forma de direito positivo e no quadro das instituições que o aplicam, os direitos humanos podem tornar-se imperativos no sentido legal do termo que não é distante do sentido conferido por Austin, no de “exercitive utterance”.

4. 5. 3. - A pessoa como fundamento da responsabilidade e dos direitos humanos

Jean-Marc Trigeaud elaborou em 1990 um estudo a que deu o título “Personne humaine et droit”, publicado no ano seguinte nos “Archives de Philosophie du Droit” (34). Este destaque parece-nos merecido por duas razões complementares: porque nos ajuda a compreender a complexidade da questão enunciada em epígrafe e, por outro lado, nos ajuda a delinear o caminho da ultrapassagem do desconforto da antropologia filosófica, a que anteriormente fizemos referência, face a uma imagem despedaçada, fugidia e incerta da pessoa humana, legada pela facticidade emergente da pesquisa biomédica sobre o homem. Neste sentido Jen-Marc Trigeaud contribui também para uma compreensão unitária e securizante da pessoa humana.

A sua concepção global acerca da pessoa humana assenta num princípio existencial e diferenciado que se oferece à intuição do espírito e que ele designa como “direito pessoal” que o coloca em confronto aberto com o “direito voluntário” positivista e com o “direito natural”.

Segundo o nosso autor, a “pessoa humana”, a exemplo do que acontece com toda a realidade metafísica, seria inapreensível e inconsistente fora de uma aparência que a encarna e manifesta. É enquanto socialmente existente que a pessoa humana obtém a sua forma exterior mais significativa, no sentido em que permite aceder à *inteligibilidade e aos fins do seu ser profundo* (35).

Cabe ao direito dar a esta existência social e esta forma da pessoa uma estrutura precisa, bem como determinar nesse processo a natureza e função

do político. É próprio do direito identificar-se com os valores actualizados e concretizados de uma determinada comunidade histórica e, nessa medida, ele aparece como algo que recebe o homem no seu seio, definindo-o e reconhecendo-lhe um fundamento. Mas, ao fazê-lo, o direito não deixa de atribuir à pessoa humana uma “destinação específica”, de algum modo correlata da expressão do “juízo da experiência colectiva”.

O direito, diz Trigeaud, é o melhor caminho para o questionamento e análise sobre a pessoa humana, uma vez que ele é “última expressão de uma ética”. Mas o direito é também um modo de olhar sobre o homem cuja autenticidade, fidelidade, adequação e fiabilidade, dependem, não apenas dos condicionamentos subjectivos e sociológicos que o direito tem, enquanto protótipo de actividade cognitiva e avaliativa, como dependem ainda da radicalidade de perspectivas que tradicionalmente condicionam este olhar do direito sobre o real, a saber: o positivismo, o idealismo e o realismo jurídicos.

O que está verdadeiramente em causa é o processo de representação da pessoa humana pelo direito e o que ele implica em termos de constrangimento aquando da elaboração de um conceito e da fixação da realidade da coisa num objecto mental. Ora, é justamente esta *objectivação* que requer um exame crítico, a efectuar nos seguintes termos: “Il convient de se demander comment et suivant quels critères elle se forme, quels buts patents ou implicites elle vise; mais il faut, corrélativement, traiter à part l’object lui-même, le resultat de l’oeuvre de lecture du droit: la *personne*” (36).

Ora, diz-nos o autor, o direito não é na sua totalidade algo relativo à pessoa. Por vezes o direito está comprometido com a realidade das coisas que escapa ao homem enquanto tal. Há no direito valores, e nós vimo-lo no capítulo terceiro deste trabalho, que não têm a pessoa como objecto, isto é, que não tutelam valores especificamente humanos, e têm por origem um dado social ou material que remete para relações entre indivíduos e são relativas a bens. Diz Trigeaud que, em tais circunstâncias, o direito está amarrado à *natureza* da coisa, à sua essência e ao fim que ela comporta.

Outra coisa é dizer, ajustadamente aliás, que o campo jurídico recobre toda a actividade da pessoa no que concerne à posse e transmissão de bens e que a aplicação do direito pressupõe para imputação de uma responsabilidade patrimonial a um sujeito que ele seja dotado de “personalidade”, suporte dos

direitos subjectivos, ou se diga, por fim, que no plano teleológico é sempre a pessoa que designa o fim a atingir pela ordem jurídica. O nosso autor recomenda-nos que distingamos “objecto” e “fim” quando falamos de pessoa. Não falamos exactamente da mesma “pessoa”, diz Trigeaud, quando falamos da pessoa titular de direitos patrimoniais ou da “pessoa” que estando aquém de qualquer “próprio” pode ter directamente o valor de um justo e o estatuto de um direito, pelo seu conteúdo intrínseco (37).

Esta distinção é tão premente quanto difícil, uma vez que a tradição jurídica incorporou tendências e métodos que cultivou ao longo de séculos em que esteve centrado sobre as coisas. Em momento anterior demos já conta do surgimento serôdio do conceito de direito subjectivo. Esta ideia teve a sua gestação na Idade Média e teve consagração, como dispositivo estruturante do próprio direito, na Idade Moderna. Digamos que, de algum modo, apenas o fundamento etimológico de “pessoa” e o sentido associado à função de “representação” são gregos. Isto porquê as relações jurídicas, de então, eram essencialmente patrimoniais como patrimonial era a relação de posse e o comércio de escravos.

Não espanta que à medida em que foi sendo introduzido no direito o conceito de “pessoa” esta fosse, durante muito tempo ainda, vítima da projecção dos hábitos patrimoniais e da maneira de tratar os “bens”. Já nos espanta um pouco que a projecção patrimonial seja ainda detectável no ordenamento jurídico dos países que incorporaram, hoje reabilitada, a noção de “pessoa”, enquanto titular dos direitos humanos. Daí a importância de exercitar uma reflexão crítica sobre as incidências negativas do processo de objectivação que, segundo Trigeaud, maculam a noção jurídica de pessoa e são indicadores da impotência que se manifesta no resvalar fatal da racionalidade jurídica e que “paraissent, avant tout, symboliques du positivisme e d'une dégénérescence aussi rapide qu'inéluctable de l'idealisme” (38).

Porventura a primeira atitude que emerge por parte do direito face ao conceito de “pessoa” parece vir da parte dos empiristas e seu cepticismo intrínseco, que persistem em considerá-la um fenómeno precário e contingente, não fundamentado, em ruptura com qualquer princípio de unidade, uma vez que para o empirismo ela não é mais do que um conjunto de factos dispersos a que corresponde a expressão de uma natureza estilhaçada.

A noção de “pessoa” é, neste contexto, vítima do que alguns designam por “estilhaçamento” e “atomização”, bem ilustrados pela segmentação da natureza humana operada pelas diferentes especializações da biologia humana e pelo consequente deslocamento contínuo da fronteira que define o princípio e o fim da “pessoa humana”.

Ora, face a esta imagem fragmentária de pessoa e de um homem acorrentado às necessidades imediatas, vazio de ser e descrente de valores, o direito fica limitado, como diz Trigeaud, a oferecer a estabilidade mínima requerida pelos objectivos utilitários de uma certa ciência. Pelo seu lado, o direito despe-se da normatividade que provinha de uma exigência da natureza, por troca com uma normatividade que assenta exclusivamente no formalismo lógico e na fixação do efémero, isto é, os papéis e as máscaras de representação social. Diz o nosso autor, toda a realidade parece ser reabsorvida pelos espectáculos de jogos de parecer e pela gestualidade mundana.

Neste quadro, a “objectivação”, a que acima fizemos referência, parece ser simplesmente um mero exercício de denominação e de qualificação uma vez que, no limite, o sistema do direito parece restringir-se a ser um instrumento de fins sociais inapreensíveis, por isso, confinados à ideologia.

Trigeaud faz-nos observar o momento particular em que, neste quadro intervém a vontade. À norma, na medida em que incorpora termos heterogéneos e a categoria de fim, não lhe basta uma razão que trabalhe sobre factos mas necessita de uma vontade que encadeia os factos em vista da realização de certos valores. A vontade surge então para se substituir metafisicamente à natureza de que a razão empirista havia já depurado dos factos.

A pessoa humana, deixa de reportar-se a uma natureza que lhe prescrevia o seu fim e é absorvida por um direito que opera sobre ela dois tipos de constrangimentos: introdu-la no seu próprio registo linguístico, atribuindo-lhe papéis superficiais; e impõe-lhe fins de uma vontade política que os fixou. Nesse movimento a vontade ganha nova forma ou estrutura. Diz o nosso autor que a vontade estende-se a tudo, como poder liberto de uma natureza lhe regularia e orientaria o uso.

A acompanhar o fechamento à dimensão ontológica subjacente à pessoa, operado pela razão, a vontade faz acompanhar a usurpação que faz do espaço do sujeito pelo desligar-se de qualquer instância axiológica capaz de a dirigir. A razão restringe os seus critérios à verificação apodíctica do facto e a vontade restringe os critérios com que avalia determinado conteúdo apenas ao padrão do consenso.

Nisto reside, em termos essenciais, o elo de ligação entre o decisionismo do idealismo das Luzes e o positivismo e a razão de termos dito mais acima que a racionalidade que transcorre do jusnaturalismo racionalista para o positivismo jurídico ser essencialmente uma mesma - antimetafísica e cientifista.

Este passo permite-nos compreender que, se há algo que para o positivismo jurídico marque, intrínseca e profundamente, o seu conceito de pessoa humana, é sem dúvida, a vontade. Por acção do convencionalismo dos sofistas, do utilitarismo de Hume ou das aproximações logicistas contemporâneas se alicerçou o reino da vontade, associada à noção de pessoa humana neste termos: “La volonté demeure le substrat, foyer de rattachement de tous les concepts de personne, de la personne décomposable en un ensemble de qualités factuellement comprises” (39).

Sob a determinação da vontade, diz Trigeaud, a pessoa tem como fim último, não o tornar-se naquilo que é, mas sim naquilo que se lhe sugere que seja. Neste processo a pessoa humana perde a sua própria natureza, ao mesmo tempo que se opera um “transfert” de transcendência da pessoa para vontade.

Temos presente a importância que tem em direito definir a intensidade da vontade agente, designadamente quando referida à comissão de um ilícito penal. No entanto Trigeaud enuncia, num outro plano, a possibilidade de o próprio sujeito ser alienado pela vontade. A vontade individual, diz o nosso autor, é apenas a função da vontade superior que encarna o direito. As teorias sistémicas ajudaram a hipostasiar a objectividade desta vontade superior, abolindo de seguida o concurso do sujeito reflexivo e, por último, conferindo à objectividade o conteúdo da própria subjectividade, processo que nos reenvia para uma *objectividade subjectivizada*, sinónimo da vontade perdida pelo sujeito.

Estamos em presença de uma concepção de direito que se esquece da sua origem e se declara “auto-produzido”. Depois, sob o pretexto de tutelar e proteger o homem, fá-lo sentar-se no anfiteatro da representação da justiça como espectador mudo ou, então, figurante sem iniciativa nem perspicácia crítica, alienado da sua vontade. Só assim se compreende a passividade generalizada face a disparidades introduzidas pela lei, umas vezes para servir finalidades de uma ideologia ou, pontualmente, princípios de utilidade política. É exemplo de um tal agir o recorte que opera nos “fenómenos da personalidade humana” para daí extrair representações fraccionadas e segmentadas que exprimem, da globalidade da “existência viva”, apenas a parte que se adapta a uma utilização do direito comprometida com as finalidades de uma ideologia. Emergem, então, concepções de pessoa humana despojada do seu ser intrínseco e do seu dever-ser ético, recebendo, no espaço deixado vazio, noções de uma ideologia pragmática que valoriza a obtenção de resultados a atingir, de molde a manter e a preservar quer o sistema jurídico quer o poder político.

Trigeaud denuncia, nestes termos, a hipocrisia desta forma de objectividade jurídica fechada: “D’un côté, elle se voue à la rationalité technique, se cramponne à ses formes logiques et se ferme délibérément à la perception eidétique d’une essence de l’homme, à l’intuition de son sens e de sa valeur; de l’autre côté, elle sombre dans les pires complaisances à l’irrationnel, comme si la question éthique de la destination de l’homme pouvait être mise “aux voix”, laissée au jugement de hasard d’un *coup de dés...*” (40).

Vimos em momento anterior que a vontade surgiu para se substituir metafisicamente à natureza. Mas, vimo-lo agora, no quadro de uma racionalidade jurídica fechada, a pessoa humana transforma-se em mero espectador da realidade jurídica, pela artificiosidade de uma vontade jurídica superior que o aliena e submete a um fim que lhe é exterior. Esta mera condição de figurante destitui a pessoa humana da natureza biológica e social constitutivas da pessoa humana.

Trata-se agora de recuperar a natureza, não para uma perspectiva idealista, perante a qual experiência humana surgiria como pura matéria que requer ser investida pelos esquemas da razão, em ordem à sua estruturação, em se tratando de uma razão cognitiva, ou à imposição de um fim, quando a

instância em presença é a razão prática. Dizemo-lo antes no sentido em que “recuperar a natureza” deve ser entendido como um exercício filosófico de reabilitação da legitimidade substancial da natureza “devant les critiques des néo-empiristes et l'école analytique, et devant les prétentions évolutionnistes qui ont remplacé l'immutabilité de l'être par le devenir de la volonté” (41).

De facto, a natureza-substância, como nos ensina Trigeaud, pode reivindicar para si a condição de unidade que dá conta da percepção do *continuum*, isto é de uma ipseidade no homem de que nos fala Ricoeur quando fundamenta a constituição dialógica do “soi”. Trigeaud faz-nos notar que esta unidade que caracteriza a natureza é um substrato de qualidades sempre em movimento, sofrendo as marcas dos acidentes da história. Esta unidade, afinal, é a mesma que a razão apreende no acto de conhecer a realidade - é a unidade das categorias da razão.

Daí que, em se tratando do homem, o que a razão identifica como unidade e que se completa em cada homem, não obstante estar ontologicamente escorado na realidade humana, é sempre algo que a razão determina, conferindo-lhe uma configuração de acordo com a sua capacidade de apreender essa realidade humana.

Trigeaud lembra-nos que a unidade obtida sob o qualificativo de “natureza”, e sob o qual cabem qualificativos sensíveis e morais, é a unidade de “género”, uma vez que só a partir do “género” a razão pode aceder aos conceitos que permitem operar a síntese intelectual da multiplicidade dos fenómenos observados. Ora o “género” contém e revela apenas o que dele pode deduzir-se e não desvela nunca aquilo de que ele é género, uma vez que a unidade que ele representa é somente uma unidade lógica cuja validade se circunscreve ao universo definido pelos elementos semelhantes. Ao género não pode corresponder a universalidade do que é causa e tem a virtualidade de abarcar uma multiplicidade de géneros. O género exprime apenas o princípio comum racionalizável.

Neste contexto, Trigeaud refere que o direito, após ter descoberto o “género humano” se move ainda no abstracto e na uniformidade para que remete o “género”. Daí concluir, de forma lapidar, referindo-se ao direito: “son objectivité ne traduit pas ce qui fait que l'homme incarne un genre dans une

individualité concrète et vivante. La personne se profile sur un horizon hors d'atteinte" (42).

A natureza do homem deixou de ser refém de definições solipsistas que tinham as suas raízes quer nos pressupostos neo-estoicos e moninalistas da filosofia cartesiana como ainda numa teologia reformada e jesuíta da criação e da Culpa que hipostasiava um *status purae naturae*. A natureza humana, admite-se sem qualquer constrangimento, é hoje sede de uma identidade para que concorre o lado relacional do homem. Mas esta dimensão relacional, só progressivamente foi estabelecida, no prolongamento da genericidade de natureza, "comme un effet de sa rationalité, comme facteur d'une identité où cette rationalité se réconcilie avec elle-même" (43).

No cerne desta concepção do autor está presente o fio de uma perspectiva dialéctica de identidade que se reconhece pela mediação da alteridade e, entrecruzando-se com ele, o fio de uma racionalidade já antiga, que atravessa a noção aristotélica de "razoável", que é repuxado e tornado mais consistente na reflexão de Chaim Perelman e que se ata nas noções de "relacional" e "político" em Hannah Arendt.

Perelman, num estudo intitulado *Peut-on fonder les droits de l'homme?* sustenta a possibilidade de fundamentar os direitos do homem sobre o "razoável", enquanto critério da conduta e das normas práticas, neste precisos termos: "Le recours au raisonnable pour fonder les droits de l'homme, permettant de préciser e de hiérarchiser ces droits en fonction de leur contribution au progrès d'une rationalité concrète, fournit une illustration de ma thèse général" (44).

E, uma vez que o "razoável" se constrói graças ao concurso de todos o seres humanos susceptíveis de se integrarem no auditório universal, pressupondo sempre, como adverte Perelman, a confrontação de ideias e o conhecimento das suas reacções efectivas, então, pensamos nós, a concretização da utopia dos direitos humanos na pessoa requer a elevação da capacidade cívica global, o respeito pela pessoa humana e o uso da racionalidade argumentativa que permite a cada um aceder ao auditório universal. De algum modo o "razoável" em se tratando de direitos humanos, situemo-nos nós numa escala de interlocução pessoal ou numa escala mais

ampla, parece pressupor sempre a ideia de um auditório universal que independe, como sabemos, do número de pessoas.

Neste pressuposto o “razoável” constitui uma possibilidade fecunda de fundamentação consistente dos direitos humanos universais: o universal está sempre no modo como o sujeito (ou orador seu paradigma), constrói mentalmente a ideia que faz dos outros (constituídos como auditório). É numa relação de reciprocidade e interlocução que cada ser humano outorga ao outro a titularidade de direitos humanos e de racionalidade universais. Nesse processo, um só interlocutor pode e, do nosso ponto de vista deve, ser reconhecido como representante dessa universalidade.

Em texto complementar àquele, *La sauvegarde et le fondement des droits de l'homme*, Perelman tange de perto esta ideia, completando o concurso do razoável (para a construção dos direitos humanos) com a ideia de que o “respeito pela pessoa humana”, isto é, o reconhecimento da sua dignidade, é condição jurídica dos direitos do homem. Mas, na medida em que a doutrina jurídica, que funda os direitos humanos, tem no respeito e na dignidade da pessoa humana o seu fundamento, deve, simetricamente, ser considerada uma *doutrina de obrigações do Homem*, por mais sentido que tenha na sua postulação incondicional. Designar a doutrina de protecção dos “direitos humanos” como “doutrina de obrigações”, não obstante os termos denotarem o mesmo objecto, permite expressar a ideia de que a protecção dos direitos humanos tem de ser entendida como respeito pela pessoa humana no seu próprio domínio e no domínio dos outros (45).

Tanto significa dizer que não pode fundar-se uma doutrina sobre o fundamento dos “direitos humanos” sem que se postule o constitutivo fundamento ético da sua validade na responsabilidade da pessoa-humana, para que possa exprimir-se, seja pelo kantiano “respeito”, seja pelo hegeliano “reconhecimento”, como no-lo mostra de forma preclara o Professor Castanheira Neves no seu estudo “Pessoa, Direito e Responsabilidade” (46).

A pessoa humana não é para o professor conimbricense apenas uma entidade antropológica que irrompe no mundo como um *novo* que é simultaneamente “fonte de novidade” e que, enquanto homem-autor, “pode falar e agir em nome próprio, assumindo-se como um *eu* na sua *ipseidade* e na *identidade* construída na sua relação com os outros. Por soberano e senhor

que seja no seu “livre arbítrio” (de sentido nitzscheano), este homem-sujeito-autor, só pode assumir-se, na sua ipseidade e identidade próprias, enquanto se reconheça a si próprio como parte de uma comunidade onde se outorgam pelo recíproco reconhecimento próprio e dos outros como sujeitos homólogos.

Será tão só e ainda, diz Castanheira Neves, homem-sujeito (e não ainda homem-pessoa), mesmo se se reconhece constitutivamente parte de uma “coexistência comunicativa” enformadora da sua condição de existência, designadamente pela linguagem, da sua condição empírica, presente em quanto o faz interdepende e obter dos outros uma complementaridade que diríamos *poiética* ligada à sua subsistência, quer por último, da sua condição ontológica de ser que se reconhece participante e herdeiro do legado historico-cultural da comunidade.

O homem-sujeito, diz Castanheira Neves, apenas acede à “essência diferenciadora da *pessoa*, naquele seu absoluto a que, por isso mesmo se imputa dignidade”, através do “respeito” e do “reconhecimento” (no sentido hegeliano e kantiano dos termos), uma vez que a “dignidade” não é uma categoria ontológica, mas axiológica. Assim sendo, uma primeira trajectória sintáctica é, de pronto, acompanhada de uma profunda alteração semântica, na medida em que, como no-lo observa ainda Castanheira Neves, só então ultrapassamos a categoria antropológica de “homem-sujeito” para operar com a nova categoria axiológica de “homem-pessoa”, aquela que é capaz de responsabilidade. Esta nova “aquisição axiológica”, seja pela via do respeito devido de algo que é em si mesmo fim (em Kant), seja a partir da dialéctica do reconhecimento, enunciada na narração mítica da “Dialéctica do Senhor e do Escravo”, da *Fenomenologia do Espírito* em Hegel, é o pressuposto que funda efectivamente a responsabilidade. No entanto, como nos adverte o professor Castanheira Neves, esta responsabilidade apenas confere a específica realidade de pessoa ao homem-sujeito se verificada for a necessária condição de uma efectividade do reconhecimento recíproco, exigência que, após Hegel, foi contemporaneamente retomada pelo personalismo dialógico de Buber, Levinas e Arthur Kaufmann que, por todos, a exprime deste modo: “as criaturas humans só se personalizam quando elas se reconhecem reciprocamente como pessoas” (47).

Quer se trate de uma responsabilidade a assumir perante a humanidade (que Kant postula presente em cada homem-pessoa), seja a que se assume perante o outro da relação interpessoal, ou os outros da relação jurídica (configurada pela mediação social operada pelo direito), tudo se funda numa ética de reciprocidade constitutiva do *eu* e do *nós*, da pessoa e da comunidade humana. A esta luz não faz sentido pensar o direito à vida, bem como os demais direitos do homem sem que seja pressuposta uma universalidade intersubjectivamente constituída pelo reconhecimento mútuo de direitos e deveres onde, também neste domínio, o subjectivismo radical não faz sentido na medida em que retoma o equívoco do Senhor da mítica narrativa hegeliana. Só temos condição de pensar a universalidade dos direitos humanos a partir daquela recíproca outorgação que reconduz, pela mediação de um *respondere* constitutivo da pessoa, o *Eu* da ipseidade e da identidade comunitária a um *Nós* de uma *physis* cosmo-política onde a universalidade dos direitos humanos se oferece na força de uma validade irrefragável.

Pela mesma razão se enjeita um enquadramento totalitário que entenda os direitos fundamentais da pessoa como adjudicáveis em função dos altos desígnios do Estado, numa adequação distorcida de uma compreensão kantiana da história e do progresso da espécie humana. Isto se dirá se com propriedade se a pessoa-humana for entendida na espessura do sentido convocado por Jean-Marc Trigeaud e também aqui por Castanheira Neves, que tanto tem de singular e de único na ontogénica constituição reflexiva do sujeito, na sua ipseidade e identidades próprias, como de paritário e universal, como se confirma no mútuo reconhecimento da condição de pessoa-humana responsável. Em reciprocidade se diga, também, que só a partir da responsabilidade e em função dela todo o direito, entendido como a “específica ordem de validade”, deve ser pensado.

Neste sentido, a legitimidade da função tutelar do direito neste domínio, tem na validade axiológica do valor da pessoa humana o seu prévio e devido fundamento. Atrevemo-nos, por isso, a dizer que, em se tratando da salvaguarda dos direitos do homem, o lugar e função do direito no exercício da sua regulativa função, devem ser tais que o seu próprio desempenho de tutela e de controle se não se transforme, ele próprio, explícita denegação daquilo que constitui o fundamento dos direitos do homem. Nesse sentido, não nos

parece consentâneo com um fundamento da validade dos direitos humanos e com o dever de respeito que se reconhece à pessoa humana responsável, que o modo preferencial e visível da sua vigência se exprima através de uma marcialidade que releve já de uma retórica de violência.

A tese geral de Perelman, neste domínio dos direitos humanos, proclama a sua fé no progresso; mas a de um progresso que se exprime através da elaboração na história de concepções “de plus en plus raisonnables, pourrait y rattacher une théorie des droits de l’homme, solidaire d’une dialectique du raisonnable” (48).

Ao invés de Perelman, que se coloca operando a “reconstrução” dos direitos do homem (para fazer uso do termo de Arendt) imerso no próprio sistema jurídico-político que procura demiurgicamente democratizar, Jean-Marc Trigeaud coloca-se face ao problema, relativamente à margem, numa disponibilidade que designamos como “desconstrutora” do fundamento actual dos direitos humanos e que, no quadro jurídico presente, repousa, em sua opinião, sobre a concepção do “justo segundo a natureza”, ignorando a especificidade do “justo segundo a pessoa”.

O “justo segundo o direito natural” está ainda ligado à já enunciada tradição patrimonial do direito, proclamando uma igualdade que assenta na justa partilha dos bens. O concurso desta dimensão patrimonial tem uma utilidade garantida, designadamente no dirimir de conflitos relacionados com os dos direitos humanos onde ela intervém no plano da salvaguarda formal de um ressarcimento pelos danos causados na pessoa. O seu mérito é o de permitir tratar em termos de posse, que exterioriza e objectiva, qualquer elemento da natureza do homem. Contudo, esta dimensão genericizante e patrimonial, sendo útil, não é essencial.

Os direitos humanos, segundo o nosso autor, não podem fundar-se exclusivamente numa justiça do “ter” que toma os seres humanos apenas na sua genericidade, isto é, como “género”, de que o termo “pessoa jurídica”, pensamos nós, poderia ser uma boa edulcoração. A natureza intrínseca da pessoa humana requer, assim, que os direitos humanos possam assentar, primordialmente, numa justiça do “ser”, onde a pessoa humana possa ser considerada na sua especificidade própria e não como mera abstracção ou simples ser genérico.

No contraponto desta justiça “natural” (no sentido em que remete para o ser genérico da natureza - o homem como “género”) associada aos actuais textos das grandes Declarações dos direitos do homem, o nosso autor configura a possibilidade de uma arquitectura de direitos humanos universais que tenha como princípio superior, apenas orientador das soluções e não constitutivo delas, que enunciaria uma justiça absoluta com raízes na pessoa, considerada única fonte do justo. Num tal quadro o “justo natural” seria, face a este novo conceito de justiça, apenas uma derivação parcial e incompleta.

É perfeitamente claro que a “justiça natural” que o nosso autor põe em causa e cuja ultrapassagem propõe, não tem especificamente que ver com o conceito jusnaturalista de “Direito Natural”. É antes uma designação do autor para nomear justiça que funciona em conformidade com a apreensão do que tem apenas natureza genérica ou é próprio de um grupo. O nosso autor procura retomar, de algum modo, a realidade pessoal e autónoma do homem que o tomismo hipostasiava no “*dominium sui actus*”, o homem que experimenta face à liberdade uma vertigem, por troca com o homem contemporâneo que ele figurativamente diz estar acocorado e friorento sob as asas das “capelas de pensamento”, “nações”, “partidos” ou “clubes” (49).

Na sua obra *Theorie der Grundrechte*, que Tugendhat designa como a melhor obra da jurisprudência alemã sobre direitos humanos, Robert Alexy dá-nos um precioso contributo para abordarmos os direitos humanos na perspectiva da liberdade (50).

Colocando-nos perante a evidência de que os direitos humanos não podem fundar-se exclusivamente nas designadas liberdades negativas, como supõem as concepções de um liberalismo puro e duro. De facto, segundo ao autor não basta a liberdade de coerção e a ausência de impedimentos para caracterizar um liberdade humana. Esta requer uma verdadeira capacidade e oportunidade para agir. Esta sensibilidade leva Alexy a propor que a fundamentação dos direitos humanos deve comportar, conjuntamente com a liberdade negativa, uma liberdade positiva. Esta última obriga o Estado a criar oportunidades para que o indivíduo possa autonomamente ajudar-se a si mesmo.

Diz Alexy sobre esta questão: “No conceito positivo de liberdade, existe uma relação de tipo especial entre o impedimento da liberdade e o objecto da

liberdade, a acção necessária ou razoável, isto é, correcta". Ele explicita esta sua ideia acrescentando que isto acontece "quando o titular da liberdade é liberto dos impedimentos à liberdade", tomando-se nesse sentido uma pessoa livre e razoável, propriamente autónoma apta a realizar a acção correcta, tornando-se neste movimento uma pessoa autónoma (51).

Pelo seu lado, Tugendaht, na sua obra "Justicia y Derechos Humanos" chama a nossa atenção para o que ele designa como uma insuficiência das liberdades negativa e positiva para fundar os direitos humanos. O nosso autor sublinha que uma moral de respeito, sobre a qual é quase consensual fundar os direitos humanos da pessoa, requer, ainda para além da liberdade positiva, e afirmar a necessidade complementar de "direitos de subsistência" que obriguem o Estado a prestar assistência médica e outras a pessoas que por si não podem aceder autonomamente à concretização dos direitos positivos.

Pelo seu lado e já num outro plano que não o da liberdade, Trigeaud propõe ao direito que ultrapasse a "natureza", enquanto objecto primeiro de concepção, uma vez que aquela via leva, no plano jurídico, a resultados práticos semelhantes aos do "positivismo de objectividade fechada" a que se fez acima referência. Ultrapassar a natureza significa, para o autor, captar o próprio princípio de que ela procede e de que ela é expressão "a fonte do justo no homem".

A universalidade a que aqui se abre caminho é a de uma universalidade que está na própria pessoa (não nas generalidades da natureza), conquanto ela necessite dar-se a ver através das particularidades encarnadas. Aceder à universalidade é, para este nosso autor, elevar o pensamento das particularidades para aquilo que elas particularizam "à universalité de la personne par l'intermédiaire de la généralité de la nature" (52).

É inquestionável que, como no-lo refere Laura Palazzani, o facto de se atribuir a um ente real o qualificativo de "pessoa", equivale a reconhecê-lo, nesse acto, como ser humano digno de respeito, como sujeito moral ou sujeito de direitos. Mas, não esqueçamos, ela alerta-nos também para o progressivo esvaziamento da categoria da pessoa. A denúncia de Trigeaud vai, por outras vias, no mesmo sentido: a categoria da pessoa é central é até fonte do justo, mas nas concepções hoje dominantes pode tornar-se um mero conceito, instrumental para o exercício de uma justiça estritamente patrimonial.

Importa, por fim, reter uma importante chamada de atenção de Laura Palazzani no sentido de se perceber se as conquistas do iluminismo, que fizeram chegar a todos os seres humanos os direitos fundamentais, estão hoje ou não em retracção, uma vez que é cada vez maior o número dos que são excluídos da categoria de “pessoa” e da titularidade dos direitos humanos correspondentes, através de mecanismos “científicos” de exclusão.

Esta circunstância, põe a manifesto uma tendência efectiva para a restrição do âmbito da pessoa, e é tanto mais constrangedora quanto, simetricamente, isto é, no grupo dos que são já pessoas e como tal titulares de direitos humanos, se acentua a tendência, que Lipovetsky bem caracteriza na “Era do Vazio”, de exigir a adição de novos direitos ao seu favorável pecúlio.

4. 5. 4. - Vida, direitos humanos e ontologia dos motivos

O texto das grandes Declarações sobre direitos humanos consagraram, no plano internacional o *respeito pela dignidade da pessoa humana*, hoje acolhido no ordenamento jurídico de todos os países ditos civilizados como “um princípio geral do direito”. Ora, enquanto tal, não pode deixar de estar presente na motivação judiciária dos crimes contra a vida, como fonte de motivação das decisões de Justiça (53).

Sob título em epígrafe, estamos empenhados em encontrar o lugar e função do direito à vida no quadro dos direitos humanos fundamentais e, de forma complementar, verificar de que modo, não só o direito à vida como também os demais direitos fundamentais, em particular os designados “direitos de personalidade” podem e devem ser fonte inspiradora de motivos, a partir da qual o juiz pode fundamentar a sua decisão.

A proposição de que partimos é a de que a vida não sendo um atributo exclusivo da pessoa humana viva, apenas a ela é reconhecido como pleno direito. Uma tal distinção, contudo, não confere ao “direito à vida da pessoa” um valor absoluto, nem mesmo que seja no sentido de a pessoa poder dispor, com absoluta autonomia, da sua vida. Mesmo no texto das Declarações sobre direitos humanos se abre mão do valor absoluto do direito à vida para, no

limite, se consentir aos países onde exista pena de morte, a sua aplicação. A *fortiori*, são também legítimas outras formas de adjudicação do direito à vida dos cidadãos, por parte dos Estados em guerra.

É igualmente claro que a decisão que define o momento em que se é ou deixa de ser pessoa, no percurso do desenvolvimento biológico, é em todo o caso uma decisão política, não obstante ser alicerçada em “factos” estabelecidos pela investigação no domínio da biologia humana.

A reflexão que desenvolvemos no capítulo antecedente fez-nos reconhecer que o valor “vida”, não sendo um valor absoluto da pessoa humana, também não é um valor supremo na hierarquia construída pela nossa tradição cultural e na axiologia jurídica onde se insere, não obstante ser a condição de possibilidade da existência de todos os demais valores juridicamente tutelados como direitos fundamentais.

Efectivamente, desde a célebre “partilha platónica” de que fala Michel Foucault em *L'Ordre du Discours*, os “valores de virtude ou morais” pontificam, na nossa tradição ético-cultural, acima dos “valores de bens”. No entanto, parece ser inquestionável que no plano da *praxis humana*, onde é ajustado inserir a problemática da própria motivação judiciária, se verifica uma inversão axiológica que faz prevalecer, em termos afectivos e pragmáticos, os “valores dos bens” sobre os “valores de virtude ou morais”. Há na *praxis humana* como que um reencontro com a vocação originária do direito patrimonial dos gregos.

Como resultado desta nova perspectiva, a vida humana biológica, refulge no topo da hierarquia dos “valores materiais de propriedade e uso”, com a luminosidade que lhe é conferida pela verdade factual, incontroversa, de a ela se amarrarem, primordialmente, as condições de sobrevivência da espécie humana.

Ao definir a vida como o “mais importante e sagrado dos direitos da pessoa humana”, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça a que fizemos referência no capítulo anterior (54), coloca-se, de alguma forma, sob este ponto de vista, que é o ponto de vista de uma axiologia fundada a partir da sobrevalorização dos *direitos subjectivos* (conceito que não ilide a possibilidade de estes serem até direitos muito objectivos e concretos) e na *força* ou *urgência* desses valores como critérios de aferição da sua valência relativa.

Com Hannah Arendt compreendemos, porém, que o “direito de cidadania”, enquanto “direito a ter direitos”, que remete já para o conceito de relação e interdependência, onde fará mais sentido falar dos direitos humanos de solidariedade ou de terceira geração, pode ser ainda mais forte e urgente enquanto condição-base da própria sobrevivência. O que é da ordem do instrumental, “a cidadania”, enquanto meio para uma vida digna, torna-se essencial no processo de salvaguarda da dignidade da pessoa humana. E, neste sentido, Jean-Marc Trigeaud não infirma a intuição de Hannah Arendt quando escreve que a pessoa humana, não obstante ser “insubstituivelmente única sob a natureza”, “fonte do justo” e continente da “verdadeira universalidade”, apenas encontra visibilidade na condição de ser genérico, isto é, enquanto de pessoa jurídica - a pessoa titular de direitos e obrigações.

Levando o pensamento de Hannah Arendt a uma longitude que ela parece não ter enunciado, obtemos, muito naturalmente, a conclusão de que, para ela, na “situação-limite” de perda do “direito a ter direitos”, a “vida” pode tornar-se um desvalor, no sentido em que a imperatividade de a viver, acompanhada pela consciência da sua perda substancial, pode constituir uma forma de violência insuportável. A desolação a que a pessoa é votada, no campo de concentração, apenas prolonga na vida a agonia da morte, sobretudo através da supressão do direito à intimidade - condição extrema de reserva da dignidade humana.

A perda de intimidade e a desolação que a acompanha esvaziam a pessoa de todas as suas memórias e das faculdades que poderiam permitir-lhe, na solidão, uma vida intelectual activa.

A salvaguarda da vida biológica humana, é proclamada no art. 3.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e no art. 6.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, como sendo um dos direitos humanos fundamentais. Em bom rigor poderemos dizer, mesmo que isso choque a nossa consciência e sensibilidade presentes, que só o homem é, por pleno direito, titular do direito à vida, se atentarmos exclusivamente ao sentido jurídico do conceito de “direito”.

Tugendhat sustenta que só pode considerar-se “direito” a titularidade sobre um bem que, uma vez outorgado a um sujeito este possa, com autonomia, reclamar a sua concretização ou, com a mesma autonomia,

dispensar o seu cumprimento. Cabe ao direito estabelecer as condições em que a capacidade e autonomia de reclamar o cumprimento de um direito transita para a competência de terceiros.

No que concerne ao direito à vida humana o nosso Código Penal enuncia as condições em que privar alguém desse direito é crime. Verificada a existência de indícios bastantes para fundamentar a suspeita da existência de crime, o nosso direito penal não faz sequer depender de queixa a instauração do competente processo-crime. Poderá isto significar que, na violação do direito à vida, é a própria sociedade que se assume como sujeito passivo do direito lesado.

A vida humana é, de algum modo, património comum da comunidade e, neste sentido, reivindicar o direito de autonomamente dispor da própria vida é sempre conflituante com o direito com a moral vigentes. Em tais circunstâncias, o direito, na impossibilidade de estabelecer uma pena face ao suicídio, não deixa de o considerar moralmente censurável.

No que concerne à salvaguarda da vida biológica em sentido lato, nós podemos, de um ponto de vista moral e afectivo, reconhecer e defender os direitos dos animais e das florestas à vida. Mas a invocação cívica e jurídica destes direitos pelos movimentos de ecologistas, não obstante o inquestionável mérito da sua acção ao nível da formação das consciências e do pôr a manifesto os sintomas das enfermidades da nossa civilização, são quase sempre atravessados pela sensibilidade que zela por algo que vale apenas enquanto recurso patrimonial da humanidade. No horizonte do direito, como das associações sobreditas, parece estar sempre e apenas a satisfação dos direitos da pessoa humana ou a preservação de toda a vida para o homem.

Tudo se passa neste domínio como se os direitos humanos proclamados pela ideologia liberal distendessem, até nós, a lógica utilitarista da modernidade que fez da Natureza um mero espaço para fruição do homem. Com a raras excepções, de que é emblemático o pensamento e vida de Francisco de Assis, o pensamento judaico-cristão insere-se nesta lógica de fruição e de disponibilidade da Natureza para o homem.

No plano jurídico a destruição das florestas e de espécies animais em vias de extinção constituem, de facto, crime - mas serão sempre um crime porque constitui um atentado contra um património comum da humanidade.

Isto é, pela mediação da pessoa humana que é também o legislador. A visão antropocêntrica parece inevitável e a própria integração das preocupações ecológicas no quadro dos direitos humanos de terceira geração mais não fará do que confirmar, uma vez mais, dimensão patrimonial da vida.

Tugendhat faz-nos notar que o direito crucial para a aplicação dos direitos humanos é o direito da propriedade, enraizado no direito clássico e nos vários liberalismos que chegam a considerá-lo um direito ilimitado, pretensamente fundado num direito divino ou natural. Hoje, a salvaguarda da dignidade humana de todos os homens exige que o direito constitucional dos países restrinja os direitos fundamentais negativos na medida em que contendam com os direitos de todos. São disso boa ilustração: a liberdade imprensa face à salvaguarda da dignidade da pessoa e à reserva da sua vida íntima e o valor absoluto do direito à propriedade num mundo de recursos finitos e chocantemente assimétrico, na desigualdade de oportunidades e na distribuição de recursos.

Mas se os direitos humanos de primeira geração, isto é, os que consagram as liberdades dos indivíduos face ao Estado, quanto à livre expressão, à livre iniciativa empresarial, entre outros, são direitos razoavelmente definidos, não obstante ser flagrante a dificuldade de saber como limitar um destes direitos negativos que é o direito de propriedade, revela-se contudo mais difícil institucionalizar os direitos humanos positivos de segunda geração, como “o direito a nível de vida adequado” que tem a ver com direitos económicos positivos.

É aqui particularmente pertinente a reflexão de Perelman que diz que é relativamente fácil obter acordo sobre direitos fundamentais quando são enunciados em termos muito gerais. Nessa circunstância é relativamente fácil todos estarem de acordo. Mais difícil é passar do plano do princípio geral às aplicações particulares.

Dá a importância imprescindível de uma racionalidade argumentativa servida pelos valores da equidade, da razoabilidade, ajudem a aplicar uma justiça que se não confine ao uso das liberdades negativas, nem sequer mesmo ao das liberdades positivas. Falamos da necessidade de a racionalidade argumentativa que justifica as decisões incorporar valores como

os da solidariedade, extensiva a quantos pela sua fragilidade não podem sequer ter acesso sequer às, já por si escassas, liberdades positivas.

Mas isso pode não ser já tarefa de quem interpreta e aplica a lei, mesmo que os princípios gerais do direito possam e devam, porventura, inspirar uma motivação judiciária mais solidária. Isso exige uma efectiva vontade política que conduza à promulgação de “direitos de subsistência”, extensivos às famílias das vítimas, e que o próprio estado se obrigue a assegurar a dignidade e o respeito pelos que não têm capacidade de aceder aos bens que a sociedade precariamente disponibiliza, como é o caso dos anciãos, dos doentes e dos incapacitados, para que se não restrinja, neste domínio, a fronteira da “pessoa humana”. Face a estas situações de fragilidade e de sobrevivência da pessoa humana, o debate interminável sobre o local do desenvolvimento biológico inicial onde colocar a fronteira onde supostamente deve começar a conferir-se o estatuto de pessoa humana, é muitas vezes um mero exercício retórico (no mau sentido, diga-se) se desacompanhado, hipocritamente, da reflexão séria sobre as condições de subsistência da pessoa humana nas sociedades de hoje.

O que está em causa não é e apenas a salvaguarda da vida biológica da pessoa humana. O acto delituoso que retira o direito à vida humana biológica e que é objecto de apreciação judiciária, não pode deixar de constituir um atentado contra um conceito de vida muito mais amplo que o da vida biológica; os projectos, os sonhos, a incorporação de uma importante dimensão de si naquilo que produz (e que supõe a inversa), as valências afectivas e a interioridade de uma vida intelectual activa, conferem ao conceito de vida humana, no seu conjunto, uma dimensão cuja espessura de sentido se não esgota na dimensão do seu viver biológico.

Não basta sequer dizer que a vida biológica se completa com uma dimensão social da vida. Suprimir ilicitamente a vida de uma pessoa humana comporta necessariamente o suprimir do exercício activo da vida num universo de valências dificilmente apreensível e de maneira alguma ressarcível. O “crime da omissão de auxílio” é um instituto jurídico que, em abono do que se disse, nos coloca a todos no tribunal da nossa consciência face às mortes que em cada minuto ocorrem no mundo subnutrido e, disso, não estamos isentos de culpa, por acção directa ou omissão.

Notas Bibliográficas

- (1) - C. Perelman, "La sauvegarde et le fondement des droits de l'homme", *Éthique et Droit*, p. 484 (tradução nossa).
- (2) - D. Leite Campos, "O Direito e os Direitos da Personalidade", *Revista da Ordem dos Advogados*, Abril/Junho, Lisboa, 1993, p. 203.
- (3) - P. Clastres, "A Sociedade contra o Estado", Edições Afrontamento, Porto, 1979.
- (4) - E. Tugendhat, *Justicia y Derechos Humanos*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1992.
- (5) - S. Tzizis, "De la Justice hellénique aux Droits de l'Homme de la Révolution française", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 36, Sirey, 1991.
- (6) - Idem, p. 243.
- (7) - Jorge Miranda, *Direitos Humanos*, Livraria Petrony, Lisboa, 1989
- (8) - Idem, p. 7
- (9) - C. Perelman, *Éthique et Droit*, "Peut-on fonder les droits de l'homme?", p. 470.
- (10) - F. Carpintero, "Los derechos humanos en el pensamiento actual. Con referimiento a Carlos Ignacio Massini", *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, p. 340.
- (11) - Idem, p. 341.
- (12) - C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 23.
- (13) - Hannah Arendt legitima a "desobediência civil" em situações-limite, como vertente mais radical que colhe legitimidade no direito de "associação voluntária".
- (14) - C. Lafer, op. cit., p. 238.
- (15) - Idem, pp. 267-268.
- (16) - Idem, p. 239.
- (17) - A. Arendt, cf. Lafer, op. cit., pp. 270-271.

- (18) - C. Lafer, op. cit., p. 19.
- (19) - Idem, p. 92.
- (20) - F. Carpinteiro, op. cit., p. 342.
- (21) - R. Legros, "Hannah Arendt - une compréhension phénoménologique des droits de l'homme", *Études phénoménologiques*, Bruxelles, 1985, pp. 32-36, Introdução à nota 14 (cfr. Lafer, op. cit., p.151).
- (22) - C. Lafer, op. cit. p. 16
- (23) - J. M. Pureza, "A universalidade dos Direitos do Homem face aos desenvolvimentos científicos e tecnológicos", *Documentação e Direito Comparado*, B.M.J., n.º 37/38, Lisboa, 1989, pp. 418-419.
- (24) - H. F. Ledesma, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, 1990, p. 297.
- (25) - C. Lafer, op. cit., p. 15
- (26) - J. M. Pureza, op. cit., p. 421
- (27) - Idem, p. 418
- (28) - L. Palazzini, "Essere umano o persona? Persona potenziale o persona possibile?", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, p. 448.
- (29) - Idem, p. 447.
- (30) - Idem, p. 470.
- (31) - E. Tugendhat, op. cit., p. 16.
- (32) - Idem, p. 17.
- (33) - Ernest Tugendhat com o termo "arbitrário" denota quer os "actos particulares" quer "um sistema legal" qualquer, em que o termo pressupõe ausência de competência para tal. (cfr. Tugendhat, op. cit., pp. 18).
- (34) - J. M. Trigeaud, "Personne humaine et droit", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 36, Sirey, Paris, 1991.
- (35) - J. M. Trigeaud, op. cit., p. 227.
- (36) - Idem, p. 228.
- (37) - Ibidem.
- (38) - Idem, p. 229.
- (39) - Idem, p. 230.
- (40) - Idem, p. 231.
- (41) - Idem, p. 232.

- (42) - Idem, p. 233.
- (43) - Ibidem.
- (44) - C. Perelman, "Peut'on fonder les droits de l'homme?", op. cit., p. 476.
- (45) - C. Perelman, "La sauvegarde et le fondement des droits de l'homme", *Éthique et Droit*, p. 478.
- (46) - A. Castanheira Neves, "Pessoa, Direito e Responsabilidade", Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, 1996.
- (47) - cf. Castanheira Neves, op. cit., pp. 34-35
- (48) - C. Perelman, op. cit., p. 477
- (49) - J. M. Trigeaud, op. cit., p. 234.
- (50) - R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 210 e sgs.
- (51) - R. Alexy, op. cit., p. 213, cfr. nota 121.
- (52) - Idem, op. cit., p. 235.
- (53) - C. Perelman, "La sauvegarde e le fondement des droits de l'homme", pp. 478-489.
- (54) - Acórdão do S.T.J., cfr. nota 51.

V - Epistemologia da decisão

5.1. - Fundamentos para uma epistemologia da decisão: critérios de uma decisão racional em direito.

Na sua obra “Le Juste”, Paul Ricoeur dá-nos conta da densidade de sentido contida no acto paradigmático de julgar que é o “estatuir na qualidade de juiz”. Para tanto, convida-nos a percorrer a vereda de uma *análise fenomenológica* do *judgar*, isto é, faz-nos percorrer os caminhos onde se manifesta o uso do termo “julgar”, como forma de podermos aceder, *finaliter*, no uso judiciário do termo, a um entendimento que comporta todos os sentidos anteriores na medida em que os recupera e recobre de um novo e paradigmático sentido (1).

Ricoeur começa por situar-nos no limiar de um sentido de uso primevo e “fraco” do termo “julgar” em que ele apenas significa “emitir uma *opinião*” que se tem sobre qualquer coisa; numa ordem de densidade crescente de sentido, o termo “julgar” incorpora, num segundo nível, um elemento que lhe confere um estatuto hierárquico superior, na medida em que expressa já uma preferência, um apreço ou aprovação em relação a algo, em que releva o sentido de *estimar*, em terceiro lugar o termo ganha a consistência que resulta da convergência do “elemento objectivo” e do “elemento subjectivo” no acto de julgar: é o caso em que, estando em presença de uma proposição verdadeira, boa, justa ou legal (elemento objectivo), o sujeito concede-lhe prontamente a sua adesão (elemento subjectivo); em quarto, e último lugar, Ricoeur coloca-se-nos perante um “nível mais profundo” do acto de julgar que, segundo ele, resulta da conjunção do entendimento e da vontade, recuperando a densidade de sentido que lhe confere Descartes na “Quarta Meditação”: onde ao entendimento, faculdade que reconhece o verdadeiro e o falso, se associa a vontade que decide. Desta conjunção resulta uma decisão tanto mais isenta de erro quanto a vontade se exerça nos limites definidos pelo entendimento (2).

Pena é que, como adiante se verá, este nível paradigmático do julgar em Descartes não tenha, no domínio do agir humano quotidiano, a força assertiva que manifesta no domínio estrito da indagação teórica. Ora, para

Ricoeur, é precisamente no campo judiciário, e muito particularmente no âmbito do processo, que o acto de julgar “recapitula” todas as sobreditas significações de “opinar”, “estimar”, “ter como verdadeiro ou justo” e, por último, a de “tomar posição” (3).

É justamente neste último estágio, em que “julgar” significa “tomar posição”, ponto terminal de um acontecer fenomenológico que tem expressão correlata num crescendo de densidade semântica do termo “julgar”, neste momento exacto, que atingimos o seu sentido forte. Então, “julgar” e “decidir” tomam-se sinónimos, na medida em que ambos os termos denotam aqui, como bem se vê, uma mesma função na ordem dos factos ou da realidade. Situado no termo da linha evolutiva de um “julgar” a-técnico, de que é, apesar de tudo tributário, o “*julgar=decidir*” adquire aqui, no plano judiciário, e na medida em que significa “*estatuir na qualidade de juiz*”, pela primeira vez, o estatuto epistemológico de uma *téchné*.

Com esta asserção pretendemos significar, antes de mais, que a decisão judiciária convoca, *primo*, uma dimensão *teorética* do saber jurídico, presente em tudo o que pode ser enunciado como critério e metodologia de verificação neste domínio, a que, *secundo*, se submete a dimensão empírica da facticidade, que jorra num acontecer abrupto e ininterrupto, ao nível da *secundeidade* do acontecer dos signos, de que fala Peirce em *The Collected Papers*.

Assim percebido, o judiciário manifesta-se-nos como dimensão *poiética* do jurídico, instância produtiva de soluções jurídicas ajustadas, onde se exerce o labor da *theoria* sobre a *empiria* mas a partir de uma instigação desencadeada pelo emergir “provocatório” dos factos. Por isso mesmo, nos será permitido dizer que a decisão judiciária tem o estatuto de uma *téchné*, na medida em que ali se promove o labor reflexivo de natureza teorética do saber jurídico sobre o dado empírico da materialidade dos factos; mas se o que caracteriza este labor, de uma sobre a outra, é um movimento prospectivo de procura de uma regra ou de uma interpretação adequadas ao facto singular, sob a instigação do seu inesperado acontecer, então, é ajustado recusar à reflexividade técnica o estatuto de um “juízo determinante”, estritamente subsuntivo, e adequar-lhe, *a contrario*, a forma de uma “juízo reflexivo”, no

sentido kantiano dos termos, manifestando aqui as virtualidades de um dispositivo técnico indutor de universalidade a partir do caso *sub judice*.

Ricoeur enuncia de um modo muito próprio, a relação dupla que o acto judiciário de julgar mantém com a lei. À primeira vista, diz o A., a decisão parece pretender apenas aplicar a lei a um caso concreto e, nessa medida, aparenta ser expressão de um “juízo determinante”, no sentido kantiano do termo. Mas, por outro lado, sob a incidência de uma observação mais atenta, é-nos dado reconhecer que tal subsunção apenas seria possível se cada caso concreto pudesse ser uma ilustração exacta da regra geral existente.

Ora, reconhece Ricoeur, as coisas não se passam exactamente assim. O acto de julgar, neste domínio, parece resultar quase sempre da procura de uma regra para um caso novo que se manifesta, e, por isso, a decisão é fruto de um trabalho prospectivo da interpretação de uma regra que se lhe possa adequar e, em casos muito restritos, verificada a impossibilidade de preencher uma lacuna se opta pelo uso de uma ficção, dizendo, *verbi gratia*, que não há lacuna porque não há caso.

Por esta razão se disse acima que o decidir judiciário caracteriza com mais propriedade o também kantiano “juízo reflexivo” da *Crítica da Faculdade de Julgar*. Tomada nesta acepção, como exercício do “juízo reflexivo”, a decisão pode então aspirar a ter algo mais do que a mencionada “finalidade curta” de que fala Ricoeur, que se esgota no acto mesmo que põe fim ao conflito e através do qual a decisão se adequa submissamente às finalidades muito pragmáticas do funcionamento geral da sociedade como empresa de distribuição.

Enquanto “juízo reflexivo” de pesquisa prospectiva de soluções para casos novos, e na medida em que a resolução de cada novo caso se afirma como precedente, a decisão judiciária é um dispositivo que, à semelhança dos argumentos da *ilustração* e do *exemplo* em Perelman, também ela funda a estrutura de um real de juridicidade que não se esgota nas refregas da jurisprudência a que dá corpo, na medida em que se nos oferece interagindo dialecticamente, no plano de uma ontologia jurídica, com a elaboração positiva das normas e com a produção doutrinária, abrindo desse modo caminho a “uma infinidade de mundos” no universo do direito, como se poderia dizer por

analogia com a “infinidade do universo e dos mundos” de que fala Giordano Bruno.

Nestes termos não se pretende de modo algum negar ou sequer ofuscar o curso precioso das ajudas que a elaboração doutrinária continuamente presta, em termos de dilucidação e articulação das normas, em socorro das instâncias aplicadoras do direito. O que pretendemos dizer é apenas que nos parece insensato não reconhecer, aqui também, o interagir profundo e fecundo entre *teoria* e *empiria* no domínio da realidade jurídica.

Aqui chegados, é claramente perceptível o delineamento de duas distintas acepções em que podemos tomar a decisão judiciária. De facto, enquanto *tomada de posição*, a decisão judiciária comporta frequentemente dois sentidos muito distintos e precisos: um, cujo fundamento etimológico daremos conta de seguida, faz relevar a “finalidade curta” da decisão, consumada nos limites estritos do processo, e significando, por isso, “separar as partes”, “pôr fim ao conflito” e à “incerteza”; o outro sentido, mais implícito e escondido, está associado ao cumprimento de uma “finalidade longa” da decisão, na medida em que se compromete com a realização da sociedade como empresa global.

A decisão entendida no primeiro sentido, como acto suspensivo da incerteza no processo, satisfaz a necessidade social imediata de resolver o conflito e acabar com a incerteza e aparece como algo que se interpõe entre o *meu* e o *teu*, dando expressão à acepção muito latina de justiça distributiva, a que fizemos referência no capítulo anterior, e encontra expressão exemplar na máxima: “*suum cuique tribuere*” (dar a cada um o que é seu). Nesta sua finalidade curta, a decisão é um dispositivo manifestamente adequado ao funcionamento de uma sociedade como empresa de distribuição, a que no limite, parece conformar-se Rawls na sua *Theory of Justice*.

Ao invés, se tivermos em consideração a “finalidade longa” da decisão, decorrente do exercício prospectivo de uma solução jurídica adequada a cada novo facto, levado a cabo pelo “juízo reflexivo” hermenêutico-interpretativo das normas, então colocamos como horizonte da justiça e do direito a ambição de poder estender-se para lá daquela resolução estrita do conflito, prosseguindo o prosélito caminho de erodir toda a violência da sociedade, e não apenas os seus epifenómenos de natureza sintomática descritos no processo.

Ora, como é evidente, a verdadeira amplidão do fenómeno da violência não se capta apenas no litígio que é causa da abertura do processo judiciário. Só no último plano de todos os litígios é possível encontrar, em termos aristotélicos, a sua causa eficiente e motora que é a violência, a que se apõe o “Estado de Direito”, enquanto conjunto de alternativas (em que a justiça detém um lugar proeminente) concertadas para a sua supressão. Ricoeur faz-nos notar que, de entre todas as formas de violência, a vingança é de longe a mais tenaz porque se exprime sob a forma de justiça, isto é, como realização da justiça pelas próprias mãos.

A supressão da *vindicta*, como forma de aplicar a justiça, representa o grande salto qualitativo de passagem de um “estado totalitário de natureza”, de que fala Hannah Arendt, para um estado de direito. Mas é o próprio Ricoeur que nos adverte para o facto de que algumas formas de decisão, *sub speculum* exclusivo de uma finalidade curta, parecerem pretender explicitar ainda a marca cultural indelével desta vingança ancestral, designadamente em direito penal.

Manifesta-se, por exemplo, no sobrestimar da função retributiva das penas no ressarcimento da violência do acto ilícito, bem como no exacerbar retórico dos perigos e dos medos, muitas vezes em busca da eficácia perlucotória expressa em “zelo” político potenciador de votos, fazendo aumentar, em abstracto, a medida das penas. Isto feito, tantas vezes sem que lhe corresponda uma eficácia performativa no plano da prevenção geral dos crimes. Ricoeur exprime assim o seu ponto de vista: “A bien des égards, la punition, surtout si elle conserve quelque chose de la vieille idée d’expiation, demeure une forme atténuée, filtrée, civilisée de la vengeance” (4).

Foi justamente esta suspeição de antigos compromissos da justiça com a violência o que leva Ricoeur a identificar o verdadeiro *sentido da justiça* mais com a experiência originária e pessoal de cada um de nós, que algum dia vivemos pela primeira vez a experiência da indignação contra as injustiça de que teremos sido vítimas, do que com o sentido elaborado por qualquer discurso racional ou razoável sobre a justiça.

A experiência da indignação comporta uma “intenção moral” que se exprime na expectativa, então ainda muito confusa, de uma vitória da palavra sobre a violência, expectativa esta que se concretiza pela interposição da

“justa distância”, personificada na figura do juiz, que se substitua ao desejo de vingança, e, cumulativamente, na adopção de “critérios positivos do justo” (5). Esta díade de condições é o garante da distinção que deve fazer-se em direito penal entre “crime” e “castigo” e do esconjuro do seu seio da arreigada forma “civilizada” de vingança.

A tomada de consciência da natureza intersubjectiva desta experiência ontogénica do sentido de justiça (pela vivência da injustiça) poderá, do nosso ponto de vista, ajudar-nos a compreender o profundo sentido da decisão de que em outro momento nos fala Ricoeur: a finalidade longa da decisão deveria manifestar-se na atitude dos sujeitos beligerantes e exprimir-se na forma de um *reconhecimento* mútuo de uma mesma e recíproca condição, tanto quanto estes fossem capazes de reconhecer no outro (vencedor ou vencido), quer as boas razões da sua causa, quer ainda e sobretudo, em paridade ontológica, a idêntica condição de ser sujeito de direito e de razão.

Assim entendida, a decisão judiciária poderia ser então uma boa tribuna de exercício da pedagogia do “reconhecimento” tornado um instrumento capaz denegar fórmulas que induzem ou promovem o que alguns chamam de “socialização dessocializante” e que se pressente, com rara claridade, na urgência com que se reivindica o reconhecimento relativo à posse daquilo que parece ser devido a cada um.

A partir do limiar do “reconhecimento” de que nos fala Ricoeur parece-nos, ser efectivamente possível estruturar um novo olhar sobre a partilha conjunta de um mundo que é simultaneamente finito e património comum da humanidade. Pela sua mediação se exprimiria, possivelmente, o verdadeiro sentido de uma proposta de sociedade organizada como empresa de cooperação e o sentido final de Justiça que gostaríamos de propor como pedra de toque da arquitectura deste nosso trabalho.

De algum modo, como veremos de imediato, a inquirição etimológica do sentido do termo “decisão”, se é certo que não enuncia explicitamente a mencionada díade de finalidades de que fala Ricoeur, abre contudo, e muito assertivamente, caminho para a sua enunciação, por detrás da acepção dominante que faz do acto judiciário de julgar algo que se consuma e consome no colocar estrito de um ponto final na contenda.

De facto, o termo “decisão” tem a sua raiz etimológica mais próxima no verbo latino *decidere* e este, por sua vez, no verbo *caedo* = “cair”, “morrer” e “acabar” a que está acoplado o prefixo *de* = “de”, “de entre”. Com a energia conferida por aquele radical etimológico remoto, *decidere* significa, antes de mais, “terminar”, “pôr termo a”. No entanto o termo decisão comporta ainda, na perspectiva que nos é legada pela mesma fonte, a significação, qualitativamente mais interessante de “regular amigavelmente” e “harmonizar-se” (6).

Tal não significa que a resolução da contenda comporte a impositiva obrigação ou sequer a mera expectativa de tomar afectuosa uma relação antes litigante e hostil. Significa sim e muito particularmente que no plano da acção comunicativa de que fala Habermas a palavra portadora de razão triunfa sobre a violência e humaniza o nosso agir comunicacional.

Em justiça, e particularmente no espaço específico da aplicação do direito, a decisão comporta um pouco do sentido de todas as significações convocadas, no sentido em que *mata e corta pela raiz* o conflito, mas fá-lo, *amigavelmente*, interpondo-se como alternativa à violência e, na medida em que for eficaz do ponto de vista persuasivo, ela pode também abrir caminho ao pretendido reconhecimento. Deste modo vale a pena assumir à partida para da decisão judiciária o sentido largo de que falámos pois, não deixando de comportar a natureza e função de distribuir a cada um o seu ela pode e deve ir mais além, no sentido de “corriger les distributions injustes, lorsque l’activité d’une partie consiste dans l’empiétement sur le champ d’exercice des autres parties” (7).

E, por outro lado, a decisão é o resultado de um percurso epistemológico cuja consistência crescente parece ser correlata da densidade crescente de sentido de que fala Ricoeur na sua fenomenologia do acto de julgar. Em boa verdade, é esse percurso de certificação interior ou de deliberação íntima, alicerçado em boas e fundadas razões, que conduz à formação da convicção que suporta a tomada de uma decisão.

Ora, como sabemos, o conflito é frequentemente entendido como algo circunstanciado ou confinado à dissensão entre as partes litigantes. Mas o conflito a que a decisão judiciária põe termo é também, de um modo muito claro, um conflito entre um domínio de saber (o “saber jurídico”) e um mundo

de factos que irrompe do mundo dos possíveis e se manifesta abruptamente na realidade concreta da facticidade, no sentido que a esta temática conferem os contributos de Wittgenstein e Peirce, como que desafiando o saber estabelecido, que responde pela mediação das disciplinas hermenêuticas no sentido de os integrar, nas estruturas de saber existentes ou de elaborar novas configurações integradoras e novas sínteses explicativas (8).

A questão aqui sob análise é a de saber quais serão os compromissos que a “decisão” entretece com o processo de conhecimento, tomando como paradigma a relação da decisão com o pensamento científico, e, em particular, indagar em que sentido se pode dizer que a decisão desempenha um lugar importante na produção e actualização do conhecimento, seja o das ciências positivas ou das ciências humanas, seja, em particular, o do conhecimento jurídico.

Por opção metodológica, optámos por configurar três momentos distintos, para consecução de uma reflexão estruturada e estruturante sobre o assunto: num primeiro, teremos sob escopo a relação enunciada entre a “decisão” e “processo de conhecimento”, mais preocupados em surpreender o lugar e função da decisão no processo de formação de conhecimento do que numa psicologia da decisão; num segundo momento, preocupamo-nos, em particular, manifestar os critérios de produção e de fundamentação de uma decisão, isto é, o grau de credibilidade que a decisão confere ao acto justificatório, merecendo particular acuidade a decisão judiciária; e, num último ponto, ocupamo-nos em trazer alguma luz a uma compreensão e justificação racionais do “desacordo” entre decisões, produzidas no quadro de uma decisão judiciária colectiva.

5.1.1. - Lugar e função da decisão no processo de conhecimento

Uma reflexão sobre a temática da decisão e, em particular, sobre o lugar e função da mesma no processo de conhecimento, reconduz-nos, de forma quase inevitável, à confrontação da decisão com as concepções racionalista e empirista clássicas, uma vez que elas representam, de algum modo emblematicamente, o espírito instaurador da modernidade, que atravessou o

jusnaturalismo racionalista do século XVIII e contagiou a própria Filosofia do Direito que lhe sucedeu.

No quadro destas correntes de pensamento filosófico, a decisão humana apenas encontra fundamento e credibilidade na submissão às evidências racionais ou à intuição sensível, uma vez que, fora destes dois níveis de exigência, a decisão haveria de ser sempre por eles entendida como causa de erro. Daí que autores como Pascal tivessem manifestado a sua desconfiança e alertado para o facto de aquelas ideias apenas terem contribuído para o cálculo das probabilidades, incapazes que eram para produzir qualquer contributo válido para a teoria do conhecimento.

De facto, como se vê na terceira parte do *Discurso do Método*, a questão da decisão é apresentada como uma regra de conduta prática, isto é um problema que se situa apenas na ordem provisória das “acções da vida”, onde, *na falta das mais verdadeiras opiniões* deveríamos decidir-nos *pelas mais prováveis*. A decisão em nada contribui, na acepção cartesiana de racionalidade, para a ordem do conhecimento. De facto, em Descartes ela afasta-se de qualquer possibilidade de intervir no processo de produção do conhecimento por nada ter a ver com o método científico por ele introduzido, justamente porque ela releva da precariedade do método recomendado para as “acções da vida”. No racionalismo dogmático de Descartes estão pressupostas quer uma separação clara entre teoria e prática (a que concederemos melhor desenvolvimento no ponto seguinte), quer uma radical diferença de natureza entre *epistème* e *doxa*, isto é, entre as verdades científicas univocamente estabelecidas e as opiniões que guiam a nossa acção (9).

As primeiras, as verdades científicas, são válidas desde e para todo o sempre. Elas são, para falar com propriedade, o objecto do conhecimento divino e dão-se-nos através da evidência, no quadro de uma meditação solitária que não valoriza nem se revê numa tradição científica em função da qual competiria reconhecer uma efectiva dimensão dialógica ao processo de conhecimento, postergando o legado histórico-científico para um plano de estrita computação numérica e somativa das suas verdades.

Tal como Descartes, também Libniz e Espinoza, patenteiam idêntica atitude relativamente à decisão, concedendo-lhe apenas e só alguma utilitária

função na acção humana prática, enjeitando o contributo desta para a constituição epistémica do saber. A ciência, essa é constituída por um conjunto de proposições que, na medida em que são verdadeiras, coincidem com as ideias divinas sobre a natureza. E como no plano do entendimento divino e na natureza das coisas tudo é ou determinado ou necessário, como o supõem respectivamente Libniz e Espinoza, nada se produz aí por decisão humana. E na medida em que tudo é dado e estabelecido previamente, “conhecer” é apenas sinónimo de “desvelar”, retirar o véu de uma natureza que joga connosco às escondidas e se oculta.

Há nestes autores, que designamos como racionalistas clássicos, uma concepção unitária de ciência, completada por um esforço coerente de dela fazer um sistema axiomático, a um tempo válido, porque conforme às regras do formalismo lógico, unívoco, porque se exprime por uma linguagem *mores geométrico* e verdadeiro, porque as suas proposições se identificam com o pensamento divino. Num tal quadro as decisões, confinadas à prática, sem um qualquer estatuto epistémico no domínio do saber, consomem-se da fogueira da irracionalidade e da arbitrariedade.

Ora, está hoje ultrapassada uma concepção de ciência fundada em verdades eternas e imutáveis e que se exprima por uma linguagem de unívoca e imperecível para todo o sempre. Hodiernamente, reconhece-se que os próprios sistemas lógico-formais, que constituíram durante muito tempo o quadro formal padrão em que a ciência se exprimia, são hoje de uso excepcional e extremo, tanto mais que se reconhece que eles manifestam uma sintaxe pobre em meios de expressão e, por isso, inadequada para exprimir toda a complexidade metodológica e de razões que caracterizam a epistemologia de nossos dias, onde os métodos a aplicar em todas as ciências, e *a fortiori* em filosofia, dependem, em muito, da natureza das questões que lhes são postas.

Em face destes novos ventos, é hoje reconhecido e conferido à decisão um papel bem mais nobre e decisivo na construção do saber. Disso nos dá conhecimento Perelman, nestes termos: “Si l’obligation de décider domine la structure des disciplines juridiques, le rôle de la décision est loin d’être négligeable en philosophie, dans les sciences naturelles et dans les sciences humaines” (10).

No que à nossa apreciação diz respeito, no âmbito do presente ponto da nossa dissertação, a questão relevante é a de saber qual o específico lugar da decisão no campo de produção do saber científico e, analogicamente, no campo do saber jurídico e das práticas judiciais. No texto anteriormente citado Chaim Perelman dá-nos conta de uma situação epistemológica em que a estrutura do conhecimento depende de uma decisão. Essa situação ocorre, muito particularmente, sempre que é conhecido um facto novo na órbita de um domínio de saber sistematizado mas dele inquestionavelmente independente. É então que cabe ao investigador decidir se altera ou não, sob algum aspecto, o sistema científico já sistematizado, como forma de o adaptar ao novo facto ou será mais adequado reconstruir pela raiz todo o sistema, como forma de dar guarida ao novo facto.

Esta segunda opção parece impor-se-lhe de forma inexorável sempre que os resultados da experiência se revelem incompatíveis com alguma previsão teórica do sistema de saber. Mas não é essa a hipótese aqui proposta por Perelman em que um ou vários factos novos, produzidos por investigações de ordem empírica, são trazidos apreciação de um dado domínio do saber, relativamente ao qual os factos novos são formalmente independentes, e por isso impotentes para denegar qualquer das proposições do sistema de saber onde a sua erupção como facto novo no campo da experiência não era, muito simplesmente, hipótese considerada.

Ora, face a uma tal situação competirá ao sábio decidir-se ou não pela integração dos novos factos no domínio da sua pesquisa. A decisão que promove a integração do novo facto, torna-se assim uma das principais condições do progresso científico, na medida em que promove a extensão da teoria e, com esta, a indispensável unificação do nosso saber. Mas, a esta função da decisão acresce ainda a de eliminar as incompatibilidades que se apresentam tanto no seio da teoria como entre a teoria e os dados da experiência.

Assim assumida, a decisão que opera no domínio das ciências implica a invenção de hipóteses ajustadas, estimula a modificação dos princípios e das classificações antes admitidos, bem como a do sentido atribuído aos termos técnicos. O lugar e função da decisão no domínio de um vasto *campus* epistemológico é, afinal, o de intervir no espaço de tensão gerado entre a

teoria e a experiência. Esta tensão entre teoria e experiência é designada por F. Gonseth como “princípio de dualidade”, essencial a uma concepção dialéctica da ciência.

Nessa relação de tensão, a decisão ora propende para rejeitar os resultados obtidos fora do estrito respeito dos métodos científicos ajustados, ora para propor a própria refundação de princípios e de métodos do sistema de saber em que se exerce. E, neste contexto preciso, o cientista desempenha funções de arbitragem entre factos e métodos, numa procura da solução mais apropriada porque tendencialmente mais conforme à realidade.

Nessa tarefa de nada lhe servem, como adverte Perelman, nem os esquemas dedutivos nem aos cânones de Stuart Mill. O seu labor é propriamente “*poiético*” no sentido grego do termo, isto é, “produtivo” e “inventivo” e, neste quadro, ele “est régie par des exigences que l’on ne peut exprimer qu’à l’aide de notions, telles que la simplicité, l’économie de pensée, la fécondité, la régularité, la généralité, qui ne sont pas susceptibles d’une définition univoque” (11).

Está aqui presente, como aliás acontece, do nosso ponto de vista, em todo o campo da produção de decisões de justiça, uma dimensão arquitectónica, técnica (e neste sentido *poiética*, porque produtiva) da tomada de uma decisão. Em coerência, o estatuto epistemológico da decisão apresenta-se-nos no sentido grego de uma “*téchne*”, na justa medida em que pressupõe o uso de uma saber teórico que enforma o exercício reflexivo sobre a prática, em particular se esta se apresenta com novas configurações que se não moldam a uma estrita, pura e costumeira subsunção. O ser da técnica não é necessariamente e apenas maquínico, é muitas vezes também inventivo e potenciador de uma realização estética, tal como acontece na relação tensional entre as técnicas de pintura e a originalidade da obra.

A natureza e função da decisão faz dela, como vimos, um dispositivo que potencia a superação da relação tensional entre teoria e a prática e, em consequência disso, contribui para a evolução do campo epistemológico dos diversos saberes e para a nossa compreensão do próprio processo interno pelo qual, a partir de um provável saber comum originário, se terá caminhado para uma diferenciação progressiva de domínios de saber, quer em termos

doutrinários, quer metodológicos, movidos pelo “princípio de dualidade” e pela necessidade de dar resposta aos problemas concretos.

Renunciando à preclara construção solipsista de uma ciência unitária conforme com a proposta de Descartes, somos levados a admitir não apenas a dimensão dialógica do conhecimento, a sua permanente actualização, decorrente das contradições supervenientes e do surgimento de novos factos, a par da necessidade de justificar as razões pelas quais “certaines opinions admises cessent d’être considérées comme les plus probables et les plus idoines pour exprimer nos croyances et sont remplacées par d’autres” (12).

Na perspectiva desta nova atitude científica, não é já concebível uma concepção racionalista e empirista de *epistème*, assente em princípios intangíveis ou em factos irredutíveis a qualquer variação, que pudessem resistir à erosão do progresso e especialização dos diversos domínios do saber, supostamente ajudada por critérios e por métodos perfeitos. Não nos parece de todo possível hoje uma construção epistemológica com este delineamento, nem mesmo, *quod erat demonstrandum*, a de uma ciência jurídica estacionária, apesar de, por um certo princípio preservação da sua estabilidade a que chamamos “segurança jurídica”, nela persistir um número imenso de noções e de princípios contidos em proposições aparentemente inalteráveis.

Mesmo aí, tal como acontece em outros domínios do saber, a mudança surge, demiurgicamente, ao nível das noções que integram essas proposições irrefragáveis, uma vez que o seu conteúdo evolui, de forma persistente e contínua, no sentido de se precisar ou mesmo de se alterar. Quanto mais impreciso, vago ou abrangente é o sentido de uma noção, menos controversa é a sua aceitação por um mais vasto auditório e mais resiste à erosão provocada pelo processo evolutivo do conhecimento sobre o homem e sobre o mundo e à correlata necessidade de reformulação dos discursos, ocorrida por imperativos de adequação.

São disto mesmo exemplo, a natureza ampla e vaga das noções contidas na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, uma vez que ela é por si mesma (na sua genericidade) potenciadora de uma alargado consenso. Este consenso, como sabemos, é muito facilmente quebrado quando se inflecte para o campo da sua aplicação concreta ou se entra numa discussão de especialidade.

Sempre que o nosso agir quotidiano tomamos decisões que podem comprometer o nosso bem-estar, presente ou futuro, temos, por experiência própria, a noção clara de que a nossa margem de erro será tanto menor quanto mais e melhor pudermos fundar reflexivamente as nossas opiniões num grau maior de probabilidade de êxito. De alguma forma a possibilidade de “decidirmos pelo melhor”, quando não pudermos socorrer-nos de um “rasgo intuitivo” também ele de mirada incerta, funda-se quase sempre em raciocínios e em presunções filiados numa racionalidade argumentativa cujo rigor depende, em muito, do próprio conhecimento que se tem do domínio, da capacidade analítica e da distância a que consigamos colocar a nossa emocionalidade. Em todo o caso, as razões em que fundamos as nossas decisões são quase sempre opiniões verosímeis ou prováveis, subordinadas a critérios de oportunidade pessoal, muitas vezes marcados mais pela emoção do que pela razão.

Mas, como teremos o ensejo de referir no ponto seguinte acerca das opiniões, elas podem relevar de níveis de conhecimento diferentemente alicerçados e que apresentam graus diversos de veridicidade. Algo de muito similar acontece com as próprias argumentações cuja consistência, em termos epistemológicos, pode ser igualmente diversa, assim nos determine a vontade de simplesmente persuadir ou, muito para além daquela, a determinação de convencer. De facto, é legítimo supor a existência de uma “*argumentation rationelle, d'une argumentation qui, à l'instar de l'imperatif catégorique de Kant, prétend valoir pour la communauté des esprits raisonnables*” (13).

Ora, a decisão pertinente é a decisão racionalmente fundada, segundo critérios que envolvem conhecimento amplos do domínio em causa, de par com conhecimentos específicos da questão sob análise e sobre a qual recairá a decisão, uma justa distância para decidir e, por fim, uma comunidade científica (e nesta incluo a comunidade jurídica) que dialogicamente se institui como interlocutor das razões que motivam uma decisão racional.

Esta comunidade competente interpõe-se a dois níveis diferenciados mas complementares e, de alguma forma, contíguos no processo de decisão: a um primeiro nível, ela cumpre uma “função dispositivo”, actuando no processo mental da deliberação íntima do juiz, como dispositivo de auto-regulação, como se fora um presumido interlocutor privilegiado; a um segundo

nível, ela intervém no processo de apreciação da motivação (que em uns casos é directa e obrigatória, por razões de competência funcional, e em outros é apenas presumida mas passível de ser exercida), das racionalizações que terão justificado a tomada de uma decisão.

Comparação feita entre a natureza e função da decisão nas ciências naturais e humanas e o seu correspondente lugar em direito, é-nos dado reconhecer que ela desempenha neste último funções homólogas. Só que o juiz, diferentemente do homem de ciência não dispõe da mesma autonomia, mormente no que concerne à adaptação do sistema a um facto jurídico novo. A resposta a este tipo de questões, bem como ao da resolução das antinomias, em direito releva, do mesmo modo que nas ciências, de uma decisão, só que aqui ela está subordinada a regras de competência claramente definidas que, em princípio, não inibem o cientista.

Esta circunstância ilustra bem um dos aspectos que tomam distintas as metodologias nas ciências positivas e em direito, designadamente no que respeita à produção da sua doutrina. No entanto ela ilustra também o facto irrefragável de que a estrutura racional das proposições e das metodologias de ambos os domínios, não são dadas uma vez por todas, mas é algo em permanente construção e que comporta a decisão humana, com todos os riscos que, eventualmente, lhe possam estar associados, quer em termos de veridicação, mais pertinente no primeiro caso, quer em termos de razoabilidade e de eficácia no campo da regulação das condutas humanas. A epistemologia das ciências, e nestas incluída a da ciência jurídica, é tributária do concurso de cada nova proposição que se lhes pretenda associar uma vez que o elemento novo traz novas determinações à estrutura do conhecimento já sistematizado.

Para finalizar este ponto da nossa reflexão, diremos ainda que a eficácia das decisões, em ambos os domínios, poderá mesmo ser aferível, no limite, por um critério ético comum: o de saber de que forma a racionalidade das escolhas que direccionam os seus cursos se ajusta ou não à realização óptima do bem comum na sociedade humana, claro está, como empresa de cooperação que é.

5.1.2. - Critérios de credibilização e de justificação da decisão.

A epistemologia da decisão está intimamente marcada desde a antiguidade clássica por uma estranha dicotomia entre uma acção que opera no entendimento, plano onde teria lugar a discussão teórica das teses de forma inteiramente impessoal e intemporal e, no reverso daquela, uma acção determinada exclusivamente pela vontade, que decorreria num plano absolutamente irracional. É esta clássica antinomia que Fernando J. Bronze, na sua excelente tese de doutoramento, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, reencontra em Max Weber, na forma de uma contraposição entre o “historicismo subjectivo-axiológico e o naturalismo objectivo e a-histórico” ou, dito de outra forma, “entre a dimensão moral da livre decisão de consciência do indivíduo e a impositiva legalidade da racionalidade axiologicamente neutra das ciências” (14).

Fernando Bronze faz-nos saber que é justamente sobre esta clássica antinomia que Lübke se inspira para “afirmar o mero decisionismo voluntarístico - coberto (em termos de uma lógica causal-explicativa) pela postulada *legitimidade do princípio da maioria* em que repousaria o *conceito de democracia* - e, decorrentemente, para negar qualquer sentido ao problema da procura de um *fundamento último filosófico-prático* das normas, pois (...) a legitimidade (lógico material) advir-lhes-ia da mera observância das regras do processo, tendente a conferir-lhes eficácia político-social” (15).

Por esta via, Fernando Bronze denuncia a tentativa de “deixar na sombra” a matriz dialógico-socrática da democracia, que o autor define como “decisiva”, fazendo-se crer, nessa estratégia, que a própria democracia, enquanto instituição, se poderia bastar sem aceder ao fundamento último das normas, apenas possível, na perspectiva do autor, “no quadro de uma ética de racionalidade dialógica, isto é, através da sua ex-posição ao *exame crítico* de um discurso argumentativo” (16).

Aquela dicotomia assenta no equívoco, denunciado por Perelman e Tyteca no “*Traité de L’Argumentation*” (17), de se conceber o homem como constituído pelas faculdades separadas do entendimento e da vontade. Como em todo o processo de dissociação de noções, esta comporta em si mesma uma hierarquia que desqualifica por inteiro toda a acção fundada sobre as

escolhas, no pressuposto de que estas, fundadas na vontade, não são passíveis de justificação racional.

Esta dicotomia releva de um preconceito presente tanto em Platão como no próprio Aristóteles, sendo que este último, não o fazendo embora de forma tão radical como o primeiro deu, no entanto, alguma expressão à dissociação entre entendimento e vontade, consagrando um tratado, “Tópicos”, à discussão teórica das teses e outro, “Retórica”, às particularidades dos auditórios: se quisermos, um ao convencer, outro ao persuadir. Ora o acto da decisão judiciária, que temos sob análise, pressupõe a unidade das faculdades do entendimento e da vontade de quem decide, tanto mais quanto é a totalidade do agir do sujeito passível de decisão, na sua dimensão gnoseológica e volitiva, que está em apreciação.

Quem decide, não obstante o plano de “justa distância” em que deve colocar-se, não executa apenas um acto jurídico de natureza exclusivamente intelectual. O juiz que decide, quando decide, delibera intimamente sobre valores, efectuando escolhas que vão dando corpo à presunção final. No plano gnoseológico nem sempre a evidência dos factos e do direito a aplicar se lhe impõe com a força constringente de uma certeza. Aquém desta, há ainda a convicção e, aquém ainda, a persuasão.

No que concerne à opinião, limiar mínimo de conhecimento, que alguns designam como “des-conhecimento”, de alguma forma análogo ao “inconsciente” freudiano, enquanto desconhecimento de algo que está na temporalidade, falta-nos ainda, de facto, como sustenta Vasile Florescu (18) um quadro amplo das suas categorias, num tempo em que tudo parece estruturar-se à sua volta, tal a proeminência que lhe é conferida pelas estratégias políticas e publicitárias de toda a ordem.

Em termos históricos, é imediatamente apreensível que a mesma potestade que lhe retira o estatuto epistemológico de um saber reflexivamente fundado e a designa como mera “*empiria*” (actividade empírica não reflexiva), a investe, logo ali, no “*Ménon*” de alguma espessura gnoseológica quando fala de “ortodoxia”, isto é, de opinião corrigida.

Para o nosso campo de análise que é o da motivação judiciária, a opinião não basta para fundamentar uma decisão, seja em matéria de facto, seja em direito, mas poderá adquirir uma inesperada e particular importância

no campo da aplicação do direito se cooptada enquanto “opinião profunda” da sociedade no seu todo, na ignorância da qual se corre o risco de “petição de princípio” traduzível, no caso do auditório judiciário universal, na não concretização da paz judiciária.

Vasile Florescu define “opinião profunda” como uma opinião sedimentada, quase sempre eclipsada pelas opiniões recentes, mas que, surgido o momento próprio, é capaz de irromper da névoa da sua camuflagem e impor-se, com determinação, colocando por vezes a ridículo as mais recentes sondagens de opinião do momento mesmo que cientificamente fundadas. A “opinião profunda” poderá de alguma forma identificar-se com o sentir e julgar profundos de um povo, porventura com o costume ou mesmo com o seu sentido de justiça e equidade.

Esta “opinião profunda” não pode ser ignorada pelos operadores políticos, designadamente pelo legislador, no quadro de uma democracia política, nem mesmo pelos tribunais no momento em que motivam as suas decisões. Ora, a produção de uma decisão de justiça, não devendo embora descurar o saber qual seja esta “opinião profunda”, requer o cumprimento de exigências gnoseológicas mais seguras, por forma a definir um *campus* epistemológico mais consistentemente fundado que o da opinião. A subsunção de um certo *quid* a uma norma jurídica e a produção de uma decisão em direito convocam, necessariamente, a convicção de quem julga.

Situada, segundo Vasile Florescu, num patamar hierárquico de conhecimento imediatamente superior à “opinião profunda”, a “convicção” é, na sua opinião, “étrangère à l’acte rhétorique, puisqu’elle suppose le dépassement de l’évidence sensible par la méditation, pour qu’elle s’établisse sur une motivation logique matérielle, capable d’être adoptée par d’autres aussi” (19). Tal acontece quando a convicção da pessoa é formada a partir de provas materiais e testemunhais que forcem a adesão do espírito, umas vezes de forma mais constringente do que em outras, consoante as provas sejam ou não portadoras, em maior ou menor grau, da força da evidência racional ou empírica.

Em todo o caso, em se tratando de uma decisão judiciária, em que decidir obriga, para só falar em matéria de facto, a pôr em correlação provas materiais e pessoais (em que estas são tantas vezes perecíveis e de

consistência probatória incerta) e comporta ainda a avaliação supletiva do elemento subjectivo ou da culpa do agente, a convicção que suporta uma decisão dificilmente assume o grau da certeza, isto é o grau superior de convicção e que, existindo, exclui qualquer possibilidade de erro, uma vez que perante ela se atinge o grau mais rigoroso da motivação lógico-material, como sublinha Florescu.

Em termos etimológicos, este autor reenvia-nos à obra *La rhétorique et son histoire* de Chaignet onde se vê que *convinctio* deriva de *vincere*=vencer, a que se junta o prefixo *com*. Está aqui subjacente a ideia de uma luta que a razão vence sobre alguém que se lhe submete. Esse alguém só pode ser o próprio sujeito quando se lhe submete, aceitando quer a evidência das provas quer a justeza dos raciocínios, e abdica da possibilidade de formular as suas próprias teses. A convicção entendida deste modo como “certeza”, na medida em que representa uma rendição à evidência, restringe drasticamente o espaço da deliberação, que, enquanto do acto volitivo que é, só pode ter plena expressão em liberdade (20). Ora, como sabemos, em presença de algo que é evidente não faz sentido argumentar nem deliberar contra.

Por regra, a convicção não se apresenta no seu grau mais elevado, o da certeza, e reserva quase sempre, por pequeno que seja, um lugar à probabilidade, uma espécie de pequena brecha por onde irrompe uma ténue possibilidade de erro e através da qual espreita a dúvida. Presumimos que esta contingência sobrevem com frequência no âmbito da decisão judiciária onde os próprios exames periciais, por vezes determinantes na formação da convicção do Tribunal, v. g. os exames grafológicos e de balística, são validados como prova plena a partir de limiares de probabilidade relativamente elevados mas que estão, ainda, aquém da constringência dos critérios de opodicticidade de uma verdade absoluta em lógica formal.

É muito claro que, em presença de uma convicção racionalmente fundada em provas não constringentes, o espaço reservado à deliberação e a pertinência do seu exercício são incomparavelmente maiores. Tal parece ser efectivamente o caso quando se delibera sobre uma conduta no âmbito do Direito Penal pelas razões complexas que aí se oferecem à apreciação do acto deliberativo.

A persuasão, pelo seu lado, gera nos planos gnoseológico e da verificação, um conhecimento menos solidamente fundado e menos assertivo que o da convicção. É inegável que a persuasão reivindica, tal como a convicção, a adesão dos espíritos, mas é específico desta sua pretensão não se confinar apenas à obtenção de uma exacta eficácia racional, resultado da força convincente das razões, como acontece com a demonstração em lógica formal, verdadeiro paradigma de uma argumentação convincente, caso em que a razão fica vinculada a um certo resultado, produzido em coerência com as regras da própria razão.

É curioso perceber que, do ponto de vista etimológico, o termo latino *persuasio*, tem como radical o verbo *suadere* = aconselhar, a que se associa o prefixo *per*, no sentido de algo em acabamento. A persuasão surge aqui como que iluminada pelo sentido de *forma de adesão voluntária a uma ideia*, conselho ou opinião (21), que nos é proposta a partir do exterior, acentuando-se deste modo uma muito clara dimensão dialógica do conhecimento obtido por persuasão, em que o conhecimento do sujeito se amplia pela mediação de outrem.

Do que se trata, afinal, na persuasão, é de uma adesão do sujeito como um todo (na sua racionalidade, emocionalidade e dimensão imaginária) a razões verosímeis, não constringentes, assentindo “co-mover” o seu espírito e mobilizar a própria vontade, sob *conselho* de uma alteridade, para aquilo a que adere. E porque o sujeito assim comovido adere sem consciência de qualquer constrangimento, portanto presumindo-se livre, os vínculos que cria com a realidade a que adere são de grande força e perenidade.

É por isso que nas ciências e na lógica formal uma só ocorrência que infirme uma construção teórica é bastante para fazer ruir toda a certeza, enquanto que no campo da persuasão, pelas razões sobreditas, se promove uma adesão geradora de fidelidade e de força mobilizadora dificilmente desmoronáveis. Neste sentido a força vinculativa da persuasão parece residir no facto de ela convocar o sujeito na sua totalidade de *ser de razão e de vontade*, fazendo operar aí como dispositivo de adesão a ideia de uma suposta liberdade.

No domínio da *praxis* humana a persuasão desempenha um papel tão fortemente mobilizador que, de alguma forma, se nos oferece como verdadeiro

ponto de Arquimedes a partir do qual é possível fazer da existência em sociedade o que alguns designam como uma *empresa de cooperação*. Daí que o direito, sem descurar a sua fundamental função normalizadora da sociedade e por via dessa mesma função, não deva enjeitar uma inexplorada dimensão persuasiva e pedagógica, no campo da aplicação do direito, que possa concorrer para esta empresa global da sociedade.

E essa pode ser exercida, muito particularmente, através de uma motivação judiciária que à disponibilidade para demonstrar associe também a de justificar as suas decisões, afirmando-se como um lugar onde, para usarmos a terminologia de Robert Alexy, se exprime a *justificação interna* da decisão ou da justeza do dispositivo de aplicação do direito, de feição mais demonstrativa, e a *justificação externa* da decisão, justificação propriamente dita dos motivos que determinaram as escolhas, de feição mais argumentativa e que constitui o paradigma de fundamentação em Filosofia (22). A assim designada *Justificação externa* de uma decisão poderia expressar a sobredita dimensão persuasiva e pedagógica da motivação judiciária, em vista da obtenção da paz judiciária.

Pensamos que este poderá ser um caminho a percorrer, em vista da recuperação do seu legítimo lugar na sociedade como *ars aequi et bonni*.

Neste *distinguo*, entre *convicção* e *persuasão*, importa reter ainda que em Perelman, o propósito de “convencer” de par com a escolha e ordenação dos argumentos para esse fim, constitui o critério pelo qual o orador constitui mentalmente o auditório universal. O auditório universal é, desse modo, constituído no momento em que o orador adequa o seu discurso em ordem a convencer, por adequadas razões, um universo determinado de pessoas competentes sobre a matéria em apreço. A partir desse momento ele coloca-se perante esse auditório, mesmo que na acção comunicativa concreta tenha a ouvi-lo apenas um grupo muito restrito de pessoas.

O “auditório universal” identifica-se, assim, com o próprio critério que funda em termos epistémicos a possibilidade do exercício de uma racionalidade argumentativa comum. E, se o critério capaz de gerar a convicção, isto é, capaz de convencer, é o critério instituinte do auditório universal, é importante ter presente que o “convencer” que é certeza é em Perelman apenas horizonte de referência, tanto mais que entre a lógica e a

teoria da argumentação há como que uma espécie de *continuum*, em que esta é prolongamento daquela.

Perelman e Tyteca fazem-nos notar no “*Traité de L’Argumentation*” que, no campo da argumentação a linha distintiva entre convencer e persuadir é sempre imprecisa e deve sê-lo, uma vez que na prática a representação que o orador faz dos auditórios, universal e particular, é também resultado de um esforço de apuramento contínuo dos critérios, e, em função disso, resulta incerta a distinção entre diversos auditórios (23).

Por outro lado, e mais recentemente, em “*Rhétoriques*”, Perelman levamos a concluir que a oposição entre convicção e persuasão não pode bastar-nos quando saímos dos quadros de um racionalismo estreito para examinar os diversos meios de obter a adesão dos espíritos. Verificamos imediatamente que tal adesão é obtida por uma enorme diversidade de procedimentos de prova não redutíveis “*ni aux moyens utilisés en logique formelle ni à simple suggestion*” (24).

A convicção está, deste modo, também comprometida com uma racionalidade que não é necessariamente constringente (embora em algum caso possa sê-lo) uma vez que muito raramente é produzida no quadro de uma restrita opodicticidade. Assim sendo a convicção relativa a uma decisão judiciária é, muito claramente, correlata de uma racionalidade argumentativa, porque produzida segundo critérios e exigências de rigor que determinam a constituição do auditório judiciário universal, particularmente exigente no plano da coerência do direito e no vínculo a procedimentos processuais, como convém neste domínio, mas estruturalmente universal e dialógico, como bem o sublinha Fernando Bronze, e, por isso, atento às consequências que resultam do acto decisório.

A verdade absoluta, isto é, a verdade produzida na opodicticidade de um sistema lógico-formal, é no plano jurídico, uma matriz de referência e um modelo que orienta mimeticamente a procura da verdade material em que assenta a decisão judiciária, mas esta relação de reflexos não consente que uma e outra se equivalham em algum momento.

Do que aqui se trata é de uma “contracena” em que cooperam duas concepções distintas de lógica: a Lógica formal e Lógica jurídica. A primeira, porque opera no quadro de uma estrita opodicticidade, não tem condições para

operar escolhas entre valores, eliminar antinomias ou preencher lacunas eventualmente existentes em direito, pela simples evidência que o seu objecto é apenas o da validade formal dos raciocínios e é absolutamente inapta para fazer ponderações sobre o conteúdo das normas e sua aplicação, que são da competência do que se convencionou chamar uma *Lógica Jurídica*.

Importa estar de prevenção contra a tentação de pensar que a *Lógica Jurídica* seria a aplicação da *Lógica Formal* ao direito. Num artigo intitulado *Droit, logique et épistémologie*, Perelman define “*Lógica Jurídica*” nestes termos: “Il s’agit d’instruments - méthodologiques - des techniques intellectuelles mises à la disposition du juriste, et spécialement du juge, pour accomplir sa tâche. Ce sont des raisonnements par analogie, des arguments *a ratione legis* ou par la finalité du droit, ou *a pari* ou *a contrario*, etc. et qui, traditionnellement, depuis des siècles, sont connus comme faisant partie des ouvrages intitulés *Les topiques juridiques*, qui, justement, exposent cette méthodologie du juriste” (25).

E se a uma convicção não constringente é deixado algum lugar à possibilidade de erro, é também certo que só esta mesma possibilidade de erro (que Florescu designa como “simples enfermidade lógica”) pode deixar em aberto as condições de possibilidade de uma deliberação, seja no domínio judiciário ou em qualquer outro domínio da actividade humana.

Daí que Vasile Florescu sublinhe o carácter desumano e pouco livre da adesão obtida por convicção, aqui entendida, naturalmente, naquele sentido mais ortodoxo e paradigmático, em que se não consente qualquer lugar ao erro, que o A. contrapõe à liberdade e humanidade que diz serem próprias da adesão por persuasão. Sob este ponto de vista, Florescu identifica a acepção em que toma a liberdade, isto é, enquanto gerada no domínio da persuasão, com a que Perelman define em *Justice et Raison* como sendo algo que não pode apenas consistir na adesão a uma ordem prévia, mas está ligada à escolha de uma linha de conduta própria.

Consideramos muito interessante e criativa a analogia que Florescu estabelece entre a liberdade que se joga na persuasão e a liberdade intrínseca da arte barroca, convocando e citando em nota Enrico Castelli e a sua obra “*Retorica e Barocco*” (26), sugere que a arte barroca pode ser melhor

compreendida se reportarmos, num plano analógico, a liberdade da sua concepção à liberdade que caracteriza a adesão retórica, isto é, persuasiva.

No seu deliberar íntimo, em que opera escolhas entre possíveis, o juiz deve submeter-se à lógica institucional sistémica, mas deve também poder socorrer-se de um critério de racionalidade que o guie, no quadro dos necessários e inevitáveis constrangimentos rituais que só têm sentido, afinal, na medida em que só eles garantem o pleno contraditório e a salvaguarda do princípio *et audiatur altera pars*.

A sua acção judicativa faz sentido e é pertinente na medida em que ele possa não ser apenas “la bouche qui dit la loi” mas alguém que, em liberdade, seja capaz de justificar através de razões racionalmente fundadas a sua decisão, tornando explícita a forma como ordenou a hierarquia dos possíveis no quadro da sua deliberação. Ora é justamente pelo seu papel de propor e justificar a hierarquia dos possíveis que preenchem o campo das escolhas, que a racionalidade argumentativa pode tornar racional uma decisão.

De facto o labor reflexivo que preenche e conduz à deliberação íntima do juiz, quer se trate de uma decisão singular ou num voto computável numa decisão colectiva, é todo ele uma construção dialógica, isto é um exercício argumentativo, com todos os segmentos que integram o hipercrítico auditório judiciário universal. Perelman faz-nos tomar consciência de que a deliberação é um caso particular de argumentação e que, nesse sentido, só uma teoria da argumentação pode ajudar-nos a compreender o processo e os critérios racionais presentes numa qualquer decisão.

Em sede de decisão judiciária é já comumente reconhecida a força do critério de racionalidade constitutiva de um auditório judiciário universal e que preside à produção de uma decisão que convence, manifestando a racionalidade da decisão e salvaguardando, nessa medida, a segurança do direito. Mas ao mesmo tempo, o tribunal não pode nem deve desinteressar-se do diálogo intelectual com segmentos desse auditório universal menos eruditos, quase sempre menos sensíveis às questões da segurança jurídica, da coerência e justificação internas do discurso jurídico, do que, porventura, às justificações que façam relevar a razoabilidade e equidade de uma decisão.

Daí que o tribunal, não deva achar nunca despiciendo o esforço de persuasão capaz de “convencer” (não no sentido lógico do termo, entenda-se)

uma razão menos afeiçoada aos cânones e procedimentos quase-lógicos do dispositivo jurídico de aplicação do direito, mais disponível para aceitar como boas as razões que mostrem a razoabilidade e equidade de uma decisão e que têm da justiça, e do modo como deve ser aplicada, a sobredita “opinião profunda”.

O Tribunal pode e deve exercer uma acção pedagógica sobre algum fundamento primário desta opinião, muitas vezes eivada de preconceitos e de propósitos meramente retributivos e contraditórios com o próprio sentido social de justiça. A motivação das decisões poderia ser uma tribuna privilegiada de o fazer, acentuando e ampliando o seu teor justificatório e pedagógico e reforçando, por essa via, a credibilização da justiça e dos tribunais.

Perelman tendo sob *speculum* o racionalismo do século XVIII e a sua comovente tentativa de assegurar, pela via de uma “catolicidade de espíritos” e, sobre a base de um racionalismo dogmático, os fundamentos de uma sociedade estável, conclui: “Cet essai de résoudre, grace à la raison, tous les problèmes que pose l'action, s'il a contribué à la généralisation de l'instruction, a malheureusement échoué parce que, bien vite, on s'est rendu compte de ce que l'unanimité était précaire, illusoire, ou même impensable” (27).

Perelman e Tyteca fazem-nos notar que só podemos falar em liberdade humana se verificada a condição de exercício de uma escolha razoável, apenas possível se a liberdade puder fundar-se sobre razões e não apenas numa escolha irracional e arbitrária ou, por antítese, na mera conformidade com uma ordem natural previamente dada, sem possibilidade de qualquer escolha. Neste sentido só a existência de uma racionalidade argumentativa, nem constringente nem arbitrária, atribui justo sentido à liberdade humana e, no campo da aplicação do direito, torna exequível o pleno exercício do contraditório e é mesmo condição de possibilidade da uma decisão, na medida em que não pode haver decisão sem liberdade e, por outro lado, não faz sentido decidir onde não há erro ou desacordo (28).

5.1.3. - “Desacordo” e racionalidade de uma decisão colectiva.

Preocupá-mos até aqui em delinear um quadro geral de princípios sobre os quais nos parece possível legitimar racionalmente uma decisão em direito. Mas, na ordem do questionamento, coloca-se-nos, de imediato um outro problema, complementar daquele, e que consiste em saber como justificar racionalmente o desacordo que ocorre nas decisões tomadas por maioria de votos num tribunal colectivo.

Em estudo publicado em 1966 sobre “desacordo e racionalidade das decisões” (29), Perelman sustenta que duas decisões diferentes, tomadas sobre o mesmo assunto, podem ser ambas razoáveis, logo racionalmente fundadas. Este ponto de vista coloca-o em pleno confronto com as perspectivas do racionalismo dogmático, mais propenso a considerar que sobre um mesmo assunto não pode haver desacordo entre decisões racionalmente fundas. Se sobrevem o desacordo em tais circunstâncias, isso significa que pelo menos uma das duas decisões é irracional: ou porque assenta no conhecimento imperfeito dos factos, ou porque é resultado da impulsionalidade de motivos não racionais, como a paixão, o interesse o capricho, etc. Assim o supõem autores como J. Roland Pennok, citado por Perelman, que, reportando-se às decisões judiciais, escreve, “Quand un tribunal est composé de plus d'un juge, il est à présumer que chacun des juges, s'il avait agi d'une manière entièrement rationnelle, serait arrivé, devant le même cas, à juger de la même façon” (30).

Ora, é por todos consabido que as grandes decisões tomadas por qualquer Alto Tribunal são, quase sempre, resultado de votações por maioria. De onde, em função do prestígio, capacidade técnico-jurídica e idoneidade reconhecida dos seus membros, se não afigure legítimo concluir, apenas pelo mero desacordo, da irracionalidade e da falta de razoabilidade de algum ou de todos os pontos de vista expressos, bem como a probidade intelectual e moral dos magistrados que os tenham produzido.

Perelman considera que a equiparação entre “desacordo” e “falta de racionalidade” é homóloga da relação entre “razão” e “verdade”, termos igual e respectivamente tomados por sinónimos. Anuncia-se e enuncia-se, nesta equivalência de termos a perspectiva da “unicidade da verdade”, garantida pelo princípio lógico da não-contradição que estabelece que dois enunciados contraditórios não podem ser simultaneamente verdadeiros.

Nas *Regulae ad directionem ingenii*, Descartes esforça-se por ajustar o foco da razão e do entendimento humanos à necessidade e constringência lógicas, adequadas à operatividade dos princípios no quadro de um sistema lógico-formal, desqualificando de todo o método discursivo tradicional da filosofia e o discurso das *ars* em geral, domínio onde só o *ingenium*, enquanto dom natural, confere alguma garantia de êxito, como acontece, do seu ponto de vista, no campo literário e artístico.

Coerente com o propósito de submeter a racionalidade prática ao tribunal da unicidade da verdade, Descartes conclui que se dois homens formularem sobre uma mesma realidade juízos contrários, não é apenas certo que um deles está errado, como é certo também que “aucun d'entre eux ne possède la vérité; car s'il en avait une vue claire et nette, il pourrait l'exposer à son adversaire de telle sorte qu'elle finirait par forcer sa conviction” (31).

Num quadro assim definido, a evidência, porque portadora de força constringente capaz de “forçar” adesão de todos os seres racionais, torna-se único critério de verdade, conferindo ao desacordo a condição de *índice de erro*, de que participam, sem excepção, todos os intervenientes numa dissensão. Diz muito a propósito Vasile Florescu: “Ainsi donc, le domaine de la connaissance est limité à l'aire de l'évidence rationnelle, et la communication des résultats de la connaissance à celle - tout autant restreinte - de la démonstration” (32).

Em bom rigor como sabemos, onde há evidência é supérfluo argumentar e, neste quadro, decidir mais não é do que direccionar o olhar para algo que se impõe ao nosso entendimento de forma necessária e constringente. Neste sentido a decisão não existe enquanto deliberação e tem na demonstração uma espécie de simulacro. Somos assim confrontados com a tese cartesiana da *unicidade da verdade* que enjeita todo e qualquer “desacordo” e com ele toda a dimensão dialógica do conhecimento humano. No solipsismo do seu exercício a razão basta-se, arrogantemente, a si própria. Com aquela tese convive o pressuposto da existência de uma verdade absoluta - objecto de conhecimento da razão divina desde toda a eternidade - que a nossa humana razão deve esforçar-se por conhecer, sob orientação de rectos princípios metodológicos propostos pelo autor.

Ora, como no-lo faz notar Perelman, Hume, no *Tratado da natureza humana*, vai opor-se terminantemente a esta concepção fazendo-nos distinguir os juízos atinentes àquilo *que é* dos juízos relativos àquilo *que deve ser*. Segundo Hume, é próprio dos primeiros serem susceptíveis de verdade e falsidade, e dos segundos, *verbi gratia* os “juízos de valor” e as “normas”, serem expressão de reacções emotivas e subjectivas. Mas, para Hume, se à razão compete distinguir a verdade do erro ela soçobra na apreciação em matéria de normas e valores, justamente por não dispor, como diz Perelman no texto acima referido, de um critério racional em matéria de acção.

De facto, perante a incapacidade de fundar a razão prática, capaz de dirimir o contraditório social, de justificar as nossas escolhas e decisões, subsiste ainda em Hume a insolubilidade do “desacordo” que vimos ser proscrito em Descartes, agora já não pela via da desqualificação do discurso de pelo menos um dos interlocutores ali suposto ser desrazoável, mas pela via da inevitável *subjectividade*, constitutiva da motivação/justificação das acções de cada um. Estamos em presença do pressuposto positivista de que a razão, não obstante ser capaz de fazer luz sobre as consequências dos nossos actos, não o parece ser em termos de produzir a sua devida avaliação e, correlativamente, servir de guia à nossa acção (33).

Como no-lo observa Perelman no texto em análise, o quadro de alternativas que se configura, a partir destes distintos pontos de vista, é, por um lado, o de um dogmatismo racionalista que supõe que para cada questão existe a solução objectivamente melhor, cujo desvelamento compete por inteiro à razão; por outro lado, temos a posição niilista do cepticismo positivista que supõe não existir verdade ou critério racional em matéria de avaliação da acção humana. Perelman sustenta que terá sido esta mesma incapacidade de avaliar, na sua especificidade, normas e valores associados à justificação da acção de cada um, o motivo que terá levado a tradição filosófica ocidental a equiparar os problemas práticos a problemas do conhecimento, ou a problemas científicos e, sobretudo, matemáticos, como forma de encontrar para aqueles, critérios ajustados para sua resolução.

Em coerência com esta concepção filosófica, dominante na filosofia ocidental e tributária do pensamento de Platão, a filosofia moral crê numa verdade objectiva em matéria de avaliação da conduta humana e no papel aí

desempenhado pela razão prática. Paradigmática desta atitude é a posição de Henry Sidgwick que enuncia a objectividade das regras morais, nestes termos: “What I judge ought to be must, unless I am in error, be similarly judged by all rational beings who judge truly of the matter” (34).

Na obra aqui citada, *The Methods of Ethics*, Sidgwick formula, como se fora complemento necessário da sobredita “objectividade das regras morais” a sua máxima de justiça ou de equidade, intrinsecamente idêntica à “Regra de Justiça” enunciada por Perelman em *Justice et Raison*, 1963. Ora, como sabemos, a “Regra de Justiça” foi concebida ainda num certo “espírito positivista” que Perelman viria mais tarde a reconhecer e a ultrapassar. É em conformidade com esse espírito, que nela se estabelece que “os seres de uma mesma natureza essencial, devem ser tratados da mesma maneira”.

De alguma forma, a “Regra de Justiça” manifesta a marca da tradição objectivizante da filosofia moral, também presente em *Generalization in Ethics* de M. G. Singer, nos critérios que afirmam o “princípio de generalização” que este autor filia nos mesmos pressupostos da *máxima de justiça ou equidade* de Sidgwick, bem como da *regra de justiça* de Perelman.

Como ilustração da sobredita marca objectivizante da filosofia moral presente em Perelman, vale a pena reter de Fernando Bronze algumas reflexões oportunas sobre o teor do “princípio de generalização” enunciado por Marcus G. Singer que afirma: “aquilo que é certo (ou errado) para uma determinada pessoa tem que ser certo (ou errado) para qualquer outra pessoa com um análogo horizonte mundividencial que se encontre num quadro circunstancial semelhante” (35).

Como observa o professor F. Bronze, na sua tese de doutoramento, a pertinência maior deste princípio reside no facto de Singer o estabelecer como uma exigência que exprime um autêntico “princípio ético-material da igualdade e da justiça”. Segundo Bronze, Singer reconduz a ética a um plano de intersubjectividade onde as acções ganham sentido. Bronze dá-nos conta, em nota, da fórmula pela qual Singer concretiza (na voz passiva) aquele seu “princípio de generalização” e que nós reproduzimos por nos parecer a que melhor se ajusta a uma eventual correlação com a *Regra de Justiça* de Perelman. Diz Singer: “A só será correctamente tratado de um certo modo se, e apenas se, puder dizer-se o mesmo relativamente a qualquer outra pessoa

com um análogo horizonte mundividencial que se encontre num quadro circunstancial semelhante” (acrescentando Bronze) - impendendo o “onus da prova”, da existência de uma diferença concretamente relevante entre A e “qualquer outra pessoa ...”, sobre quem pretenda tratá-las diversamente (36).

Ora, como sublinha Fernando Bronze, o problema pertinente que aqui se enuncia é o da “semelhança” e da “diferença” entre “pessoas”, “situações” e “acções”, onde uma estratégia de resolução das dificuldades advenientes não está, como demonstra com segurança Bronze, ao alcance nem dos operadores relevantes na esfera da técnica, nem dos expedientes matemáticos ali em uso como forma de “garantir a certeza dos critérios utilizados em ordem à exacta realização dos objectivos pragmáticos que se prosseguem, no horizonte da prática”. Ora, sublinha Bronze, a questão efectivamente relevante no domínio da prática é a “dimensão ética do agir humano” que escapa quer aos mencionados operadores tecno-matemáticos, quer a uma qualquer via aberta pela racionalidade finalística.

É ainda Bronze quem, em síntese, sustenta que para resolução das dificuldades advenientes da formulação do princípio da generalização “terá que recorrer-se a um experiencialmente sugerido, argumentativamente fundamentado e intersubjectivamente aceite conjunto de exigências que se revele adequado para permitir ajuizar das acções em que o homem, assumindo-se dialogicamente e projectando-se trans-subjectivamente, se afirma como pessoa” (37).

Chaim Perelman que, como sabemos, formulou a sua *Regra de Justiça* numa acepção que ele próprio viria reconhecer como ainda muito positivista, haveria de abandonar por inteiro, não a sua concepção de uma *Regra de Justiça*, mas a acepção positivista em que a fundara, a partir do momento em que, incapaz de lhe acrescentar uma lógica de juízos de valor, redescobriu a natureza, função e o critério de racionalidade da velha retórica, iniciando uma via de conciliação da retórica com a dialéctica antigas que haveria de gerar o que ele designou por a “Nova Retórica”.

Sob este nome passaria a designar uma Teoria da Argumentação constituída como prolongamento da lógica formal capaz de legitimar racionalmente as escolhas e as decisões humanas produzidas nos quadros dos valores e das normas. Mas a *Regra de Justiça* permanece como indicador

da necessidade de um princípio de Justiça formal no quadro do pensamento de Perelman, em torno do qual se sedimentam os contributos da racionalidade argumentativa não apenas para a aplicação da Justiça como também para a sustentação da sua universalidade.

A partir daquele ponto de maturação teórica, o pensamento de Perelman evoluiu também, em matéria de avaliação dos juízos morais, dando o devido apreço ao pensamento talmúdico neste domínio, bem como ao de P. Winch, expresso num artigo intitulado “Universalizability of Moral Judgments” que, de forma muito semelhante, sustentam que “deux jugements moraux diamétralement opposés sur un même problème concret peuvent être tous deux respectables et raisonnables” (38).

De facto, a tradição do pensamento judaico-talmúdico, ao invés do que fizera durante séculos a tradição filosófica ocidental, não equipara o “desacordo” com “falta de racionalidade”, uma vez que consente a simultaneidade e razoabilidade das razões expressas em teses opostas, desde que fundamentadas a partir da interpretação da Bíblia, sob o pretexto de que as duas teses exprimem a palavra do Deus vivo. Daí que, perante a necessidade de escolher entre duas interpretações igualmente razoáveis, se invoquem, no âmbito do pensamento talmúdico, razões de outra ordem que não as da falsidade e irracionalidade de qualquer das interpretações em presença. Serão em alguns casos razões de oportunidade, em outros, eventualmente, as da força do contexto, bem como os critérios associados a uma melhor realização dos fins do direito, que determinarão uma concreta tomada de uma decisão.

De facto, também nós pudemos constatar, através da análise que fizemos do objecto empírico deste trabalho, que as razões de ordem pragmática e teleológica entre outras, são enunciadas nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e intervêm, persistentemente, na justificação das decisões, em particular na justificação da dosimetria da pena. Isto implica também reconhecer que, no quadro de uma decisão colectiva, as posições vencidas poderão, e na maioria dos casos deverão, ser igualmente reconhecidas como razoáveis.

No supracitado artigo *Universalizability of Moral Judgments*, P. Winch coloca, de forma aparentemente paradoxal, a questão nestes termos: Se uma

pessoa diz “X é o que eu devo fazer para agir moralmente” e, numa situação essencialmente semelhante, uma outra pessoa diz “X não é o que eu devo fazer para agir moralmente”, ambas poderão eventualmente ter razão, mas não porque, nos termos de um relativismo moral, seja levado a pensar que baste como critério de racionalidade o facto de cada um ter decidido “em paz com a sua consciência”.

Decisivo na dilucidação desta questão é reconhecer que as duas pessoas em presença, porque terão avaliado de modo diferente uma qualquer circunstância em particular, atribuindo-lhe uma importância relativa distinta da que lhe conferiu a outra, terão sido levadas ambas a decidir de forma diferente. No entanto terão decidido ambas em função de razões igualmente objectivas. Na perspectiva de Perelman, esta constatação, parecendo embora paradoxal, não invalida a possibilidade de se estabelecer um critério que funde um juízo ético imparcial.

É nesse sentido que Perelman sustenta, em *desaccord et rationalité des décisions* (em conformidade, aliás, com a sua *regra de justiça* e com a *máxima de justiça ou equidade* de Sidgwick), que uma qualquer decisão deverá ser considerada imparcial desde que a pessoa que a toma a assuma como critério para o futuro e tenha o propósito de a aplicar a todas as situações essencialmente semelhantes, independentemente de quem possam ser os destinatários da sua decisão.

No entanto, adverte Perelman e com razão, o facto de esse alguém ter decidido razoavelmente acerca do que é moralmente justo para si e para os outros, não consequencia que ele tenha estabelecido o critério de razoabilidade para futuras decisões de outrem, uma vez que a justiça de uma decisão não fica indelevelmente marcada pela necessidade e constringência lógicas que afectam a verdade de uma proposição. Daí que em direito haja, do nosso ponto de vista, necessidade de recorrer ao vínculo do *precedente*, ao recurso hierárquico e, em última instância ao *assento*, como dispositivos de ancoragem e estabilização do processo decisório.

Se fossem equiparáveis a “razoabilidade de uma decisão” e a “verdade de uma proposição”, fazendo uso dos preclaros pressupostos cartesianos, haveria de ser sempre necessariamente injusta a toda a decisão diferente relativa à mesma situação. Ora, na perspectiva de Chaim Perelman, uma

decisão deverá ser considerada “justa” desde que possa ser justificada por razões suficientes “mais qui ne sont pourtant pas contraignantes, car la manière d'évaluer les raisons et les arguments est liée, en fin de compte, à la situation et à la philosophie de chacun” (39).

Perelman sustenta que há que não confundir os juízos de decisão com juízos de verdadeiro e falso. Em matéria de decisão, dever-se-à acolher o pluralismo de filosofias e de escalas de valores, como elementos que vêm enriquecer o contraditório e poderá permitir uma ulterior decisão melhor fundamentada, porque terá como suporte o conjunto das teses opostas sobre a questão em apreço. No entanto, adverte, em nenhuma circunstância se poderá ter como garantia do processo de decisão nem “a síntese”, nem a “unicidade”, nem, sobretudo, “la fin de ce processus par lequel se constituent les philosophies sucessives” (40).

No entanto, circunstâncias há em que, por razões de ordem prática, é necessário estabelecer uma linha de conduta uniforme e ultrapassar este limiar em que um mesmo estado de coisas poder ser razoavelmente justificado por juízos de valor diferentes. É num quadro de circunstâncias análogo a este que se justifica o uso do voto por maioria em direito, como forma de dirimir o conflito entre posições igualmente razoáveis. Quando assim acontece o critério de decisão por maioria pode ser reconhecido por todos como critério que se justifica por razões de oportunidade.

5. 2. - A responsabilidade política do juiz na motivação.

Em momento anterior da nossa reflexão, parte final de 5.1.1, fomos levados a reconhecer que a decisão, em direito, desempenha um papel fundamental na estruturação do campo epistemológico do saber jurídico, não obstante ser exercida no quadro de competências hierarquicamente bem definidas.

A questão agora sob análise, “a responsabilidade política do juiz na motivação”, vem introduzir novos dados na nossa reflexão sobre a epistemologia da decisão e fazer luz sobre um inusitado compromisso entre a

epistème e *doxa*, em particular se quisemos ter em conta o que acima designámos como “opinião profunda” do segmento mais amplo do auditório judiciário universal e que aqui podemos, de algum modo, identificar com o “senso comum jurídico” de que nos fala Boaventura Sousa Santos.

Tomamos como ponto de partida a reflexão de Michele Taruffo sobre a responsabilidade política do juiz, expressa num estudo por ela publicado em Março de 1977 (41), procurando articular aquela com a nossa própria reflexão sobre a evocação do inconsciente como “dispositivo retórico” que conduz à sobrevalorização do voto computado pelo tribunal colectivo e correlativamente à subvalorização da decisão do juiz singular. Esta questão é tanto mais pertinente quanto a própria noção de *epistème* e a persecução da verdade em direito parece ter mais a ver com o bem fundado das racionalizações do que com a “Verdade”, seja esta a que é manifesta pela lógica formal, seja a que é enunciada por uma psicologia das profundezas e que é identificada com a instância do inconsciente.

O *meridiano* de referência, quando se embarca na reflexão de Michele Taruffo, não se situa, por isso, na topografia das legítimas motivações e opiniões do juiz *uti civis* que, enquanto tais, não são objecto de questionamento sob qualquer pretexto. O mesmo procede relativamente aquelas que, por via da sua função, *uti judex*, poderiam situá-lo dentro da ideologia ou das correntes da magistratura.

A responsabilidade política pertinente, de que fala Taruffo, é aquela que o juiz assume ou deveria assumir enquanto mediador e resolutor dos conflitos económico-sociais carreados pelo processo. A autora sustenta que este tipo de questão se dilui frequentemente sob a capa de subtis controvérsias jurídicas.

A responsabilidade política do juiz, segundo ela, está sempre implicada no acto de julgar desde que não se lhe designe uma mera função de “mecânico aplicador de normas”, no quadro de uma lógica jurídica pretensamente “neutral, objectiva e necessitante” (42). É prudente pensarmos que, em tais e tão extremas circunstâncias, o juiz não deixará nunca de ser o bom fio condutor da corrente da ideologia dominante - a de um persistente positivismo jurídico.

O que neste processo de uma justiça asséptica se suprime, de par com a liberdade de quem julga, é a possibilidade de o juiz intervir no sentido de

corrigir uma decisão manifestamente iníqua e contrária à justiça, bem como a relação de compromisso pessoal e político entre o juiz e a comunidade.

Uma análise fenomenológica pode dar-nos conta de que, no tempo presente, o julgamento judiciário é, antes de mais, “uma estrutura *aberta*, constituída por uma sequência de escolhas entre alternativas”, onde o juiz desfruta de uma muito ampla capacidade de avaliação discricionária. Nessa medida, o juiz é visto agora, na opinião da nossa autora, sobretudo como “policy-maker”, querendo ele significar, com aquela designação, que o juiz aparece como alguém a quem são devolvidas competências para fazer escolhas de política de direito, cuja concretização se manifesta na solução final do conflito de interesses presente a juízo.

Ora, é justamente porque a resolução do conflito de interesses implica uma liberdade de escolhas em “política de direito” que impende sobre o juiz uma correlata responsabilidade também ela “política”, à altura da natureza também ela política das escolhas que ele efectua, sejam elas cognoscitivas, avaliativas ou interpretativas (43). Mas a responsabilidade do juiz é política, sobretudo, pelo facto de sobre ele impender a obrigação de responder, em última instância, perante os cidadãos enquanto destinatários da actividade jurisdicional e em cujo nome é administrada a justiça.

Assim, a responsabilidade do juiz não parece dever confinar-se, como por vezes se entende, a justificar a sua decisão perante os titulares dos interesses em jogo e os tribunais de recurso, ou perante os órgãos de controlo disciplinar e seus pares. De alguma forma estes últimos são como que a imediação mesma desta realidade de fundo que é a comunidade jurídica, que congrega todos os cidadãos e à qual o juiz deve verdadeiramente responder.

Segundo Michele Taruffo é o assumir desta responsabilidade política de justificar as escolhas inerentes à decisão que torna possível à comunidade jurídica exercer o que ele designa por “controle democrático difuso”, essencial ao funcionamento da justiça num quadro de democracia política que enjeita por inteiro a imagem fantasmática do juiz *longa manus*, detentor de um poder “verticistico, misterioso e incontrollabile” (44).

E se dúvidas não há quanto a estas questões de princípio, o mesmo não acontece quando se trata de saber, em primeiro lugar, quais as formas equilibradas de exercer o controle democrático sobre “se” e “como” o juiz

assume tais responsabilidades e, em segundo lugar, como aferir se o modo como o faz é ou não democrático. Ora, um tal controle não deve ser, nem tão apertado que cerceie a justa distância do juiz e autonomia dos tribunais, nem tão laço e “difuso” que torne inexistente qualquer controle sobre uns e outros, sem possibilidade de certificar o funcionamento democrático da justiça e de pacificar a ampla comunidade jurídica.

Como diz Michele, a pré-condição essencial para que este controle democrático difuso seja feito, é a obrigação de o juiz motivar a sua decisão. Ora “motivar” uma decisão, nada tem a ver com vimos no capítulo primeiro deste trabalho, com o tornar manifestos os móveis psicológicos de uma decisão, isto é, com o manifestar as “verdadeiras razões”, segundo uma persecutória inquirição às motivações inconscientes do juiz. Motivar é tão somente tornar explícitas as racionalizações que possam justificar racionalmente as escolhas que condicionaram a decisão.

Não obstante, e apesar de não se pretender cair num cepticismo pirronista neste domínio, é bom lembrar que a obrigação de motivar em direito não basta, como resulta claro se atentarmos no fundamento originário dos propósitos que tornaram imperativa a motivação e a suas práticas no quadro do positivismo jurídico na aurora da modernidade. Como pré-condição de um controlo democrático difuso, a motivação deve estruturar-se numa racionalidade argumentativa de índole justificatória, que retire a natureza hermética de alguma discursividade técnica jurídica que vela o discurso jurídico e judiciário e o torna apenas apreensível a iniciados.

Taruffo preocupa-se, muito particularmente com o tornar possível um controle que possa surpreender o que ele designa por “capitulações explícitas” ou pelo menos “cognoscíveis” a promessas ideológicas no âmbito da aplicação da justiça. De facto, a motivação das sentenças haveria de ser condição de um controle tal que permitisse erradicar as práticas que negam, do nosso ponto de vista, a co-essencialidade dos “justiciáveis” e o correspondente princípio de igualdade formal perante a lei e, *a fortiori*, o funcionamento da justiça como equidade. A condição primeira da possibilidade de um tal controle democrático difuso, de que fala a autora italiana, é que seja cumprida a “*ratio*” fundamental da obrigação de motivar contida nos normativos constitucionais de cada país

que ela identifica, no caso italiano, com a garantia de cognoscibilidade das razões da decisão, para fins de controle democrático.

Uma motivação que se pretenda conforme com esta “*ratio*” deve explicitar as escolhas avaliativas e que constituem o que Taruffo designa como “regiões reais da decisão”. Ora, a possibilidade de se exercer efectivo controle democrático sobre a justiça da decisão depende do conteúdo e da estrutura lógico-argumentativa da motivação, em particular da visibilidade do espaço que o juiz deixa vazio sempre que não expressa as justificações pertinentes. A possibilidade de controle democrático das decisões de justiça está deste modo intimamente ligada com a modalidade da justificação e com as expectativas quanto à sua completude.

Ora, como no-lo faz notar Taruffo, a modalidade da justificação ou, o que o mesmo, o seu “estilo” está muito fortemente marcada pela ideologia do juízo veiculado pela motivação. Daí a nossa autora entender que a análise dos tipos de motivação constitui um campo fecundo de indicações que permite individualizar o “tipo” de motivação que predomina na *praxis* judiciária de cada país e, a partir daí analisar a “atitude prevalecente dos juizes” no que respeita à sua assunção da responsabilidade política pelas escolhas feitas, como pelas decisões.

Pela nossa parte vamos procurar, seguindo na pista de indicadores fornecidos por Taruffo, no sentido de fazermos alguma luz sobre se existe entre nós uma tipologia própria de motivação que possibilite reconstruir uma atitude prevalecente dos nossos juizes, a partir dos acórdãos (sessenta) por nós analisados, até agora preferencialmente sob as perspectivas da sua discursividade técnica e de uma axiologia jurídica.

A nossa autora adianta dois indicadores de uma sintomatologia típica de insuficiência padrão nas motivações judiciais: um que tem propriamente que ver com a incompletude da motivação; o outro com o estilo do discurso justificativo da mesma. Ora, por incompletude, *grosso modo*, deve entender-se que a motivação carece primacialmente da enunciação e justificação das escolhas, cuja omissão tem incidências determinantes, pela negativa, na decisão onde as escolhas “cognoscitivas”, “avaliativas” e “interpretativas” constituem, como acima se disse, pressupostos essenciais da decisão relativa à aplicação do direito. Esta omissão, como sublinha ela uma vez mais, pode

ser incursa numa violação dos preceitos constitucionais que estabelecem como obrigatória a motivação *completa*, naturalmente.

Na sua obra *La motivazione della sentenza civile*, Taruffo vai mesmo mais longe ao dizer que a motivação incompleta é *fictícia* na medida em que é uma não-motivação relativamente a pontos decisivos do raciocínio decisório: o caso típico é o da motivação como *Begriffsmaskerade* em ordem a dissimular os componentes ideológicos da decisão (45).

Mais grave que tudo, segundo esta nossa autora, é o facto de a omissão das escolhas, que condicionam a decisão e deveriam justificá-la, inviabilizar toda a possibilidade de controle a partir do exterior. Daí que ela a identifique com o acto deliberado de recusa de assumir qualquer responsabilidade política por parte do juiz. Taruffo evoca as conclusões a que ela própria chegara já em *La motivazione delle decisioni dei giudici*, a partir de um estudo empírico efectuado sobre uma amostra de sentenças, que lhe terá permitido confirmar a tipicidade do sobredito fenómeno da omissão e, em particular, individualizar algumas das especiosas manifestações de omissão, entre as quais se insere aquela que a A. designa como sendo a de maior relevância - a ausência quase absoluta de referências a princípios gerais do direito, aos princípios constitucionais que são pontos de referência para a decisão e, bem assim, a “tomadas de posição avaliativas do juiz em ordem aos aspectos políticos da controvérsia”, e que, a serem explicitados, poriam a descoberto a decisão, e nesse sentido, disponível para ser politicamente avaliada e, decorrentemente, manifestariam o efectivo papel do juiz como operador político (46).

Na medida em que esta subtracção de dados cumpre uma função de resguardo da imagem do juiz, Taruffo designa-a, neste mesmo texto, como “instrumento de esterilização das argumentações” e sobretudo, como dispositivo de normalização da sua própria imagem.

Em *Retórica, Direito e Democracia*, tivemos o ensejo de reconhecer que a liberdade que o juiz, em matéria de decisão, na medida em que é exercida no quadro dos constrangimentos do sistema que inibem e normalizam o uso do livre arbítrio pelo sujeito que decide, poderia ser considerada, em certo sentido, e na opinião então convocada de Lucien Sfez, uma ficção. No entanto dissemos que, ficcionada ou existente, a liberdade de decisão é, apesar de tudo, um pressuposto essencial ao funcionamento e credibilização da decisão. Apesar

de inserido no quadro de uma regulação sistémica, competia ainda ao juiz a concretização de escolhas com uma latitude bastante para poder exercer aí a sua liberdade de deliberar, decidir e justificar. Aliás, fizemos então notar que os constrangimentos que em sede de debate judiciário enformam o exercício livre da razão dos sujeitos intervenientes, são em si mesmos a própria condição estruturante do exercício da liberdade no espaço decisivo da produção da prova. Deste modo, em um e outro dos casos, isto é, quer se considere a liberdade do juiz que decide, quer e a liberdade de uso da racionalidade argumentativa pelas sujeitos, é sensato reconhecer que os procedimentos e confinações processualmente determinadas são, enquanto limites, expressão de uma “livre legalidade” homóloga daquela que em Kant entretecem a imaginação e o entendimento na Crítica da Faculdade de Julgar, dando porventura razão à preclara enunciação que diz que não há liberdade sem lei.

Taruffo, pelo seu lado delinea um caminho que nos leva a confrontar-nos com uma ficção que é correlata daquela sugerida por Sfez: a ficção de uma decisão judiciária asséptica e que, nessa medida, pretende estar acima da ideologia, isto é, a ficção de uma decisão que pretende parecer que não decorre de uma escolha entre valores, nem tem que ver com um compromisso e tomada de posição individual do juiz.

Uma e outra das enunciadas ficções estão comprometidas com a decisão e convergem para uma estratégia de credibilização da decisão. Mas a via pela qual perseguem o comum objectivo é manifestamente antinómica: a primeira, a da ficção da liberdade judicativa do juiz, procede pela valorização da humanidade do juiz, na medida em que gera as condições de viabilização da decisão singular; a segunda, procede pela auto-anulação da dimensão pessoal e volitiva e, por isso, parece inevitavelmente ferida pela suspeição de que alguma irracionalidade, remanescente de um fundo inconsciente, que viesse intervir no processo de produção da decisão, e deixasse emergir o objecto de interdição, neste caso a vinculação política da decisão.

No que ao segundo caso pertence, estamos, de facto, perante um dos mecanismos sociais de censura do discurso, de que magnificamente fala Michel Foucault na sua lição inaugural no Collège de France e que conheceu pública forma sob a designação de “L’Ordre du Discours”. Foucault faz-nos saber aí que, em qualquer tipo de sociedade, “*toute société la production du*

discours est à la fois contrôlée, sélectionnée, organisée et redistribuée par un certain nombre de procédures qui ont pour rôle d'en conjurer les pouvoirs et les dangers, d'en maîtriser l'événement aléatoire, d'en esquiver la lourde, la redoutable matérialité (47).

De entre estes relevam, pela sua eficácia operativa, os procedimentos de exclusão e de entre estes, em particular, o “interdito” que intervém com zelo particular nos discursos da sexualidade e da política. A vocação própria dos interditos está muito profundamente associada aos processos de contenção do desejo e do poder. Melhor ainda, o discurso acaba por ser não apenas o veículo que manifesta ou esconde o desejo, mas é, ele próprio objecto do desejo de apropriação.

Ora, o discurso judiciário, e em geral o discurso do direito, cuja natureza e função, como nos elucida Ricoeur na sua obra “Le Juste”, o fazem situar-se “à mi-chemin de la morale e de la politique”, é *a fortiori* um discurso fortemente atravessado pelos interditos que marcam toda a emocionalidade estruturante da conduta dos sujeitos jurídicos intervenientes, sejam os que dizem a justiça sejam os “justiciáveis”. Os interditos afectam os discursos de uns e de outros de forma diferente, como se as erupções da verdade inconsciente fossem benquistas, se vindas da parte daqueles a quem compete a produção da prova, e malquistas e desestruturantes se manifestas por aqueles a quem compete deduzir a acusação e aplicar a justiça.

Se é certo que a intencionalidade motora de uma conduta humana, se ela não é rotineira e maquínica, sempre convoca um certo envasamento passional, os procedimentos que regulam o exercício da livre escolha do juiz não deixam de ser mecanismos que visam esconjurar, na medida do possível, a emocionalidade que impeça o juiz de exercer racionalmente e com justiça a sua função judicativa.

A metáfora que Montesquieu celebrizou, identificando a função do juiz com “la bouche qui dit la loi”, e em particular a ideia que lhe subjaz de uma justiça que se exerce sem temor, sem piedade e sem olhar a quem, são paradigmáticas de um tão escrupuloso quanto excessivo cuidado de não consentir que os juizes, considerados até então como demasiado livres, pudessem atentar contra a ordem política nascente.

Hoje, porém, os interditos que atravessam os discursos da sexualidade e da política, de que fala Foucault, e muito particularmente os que se manifestam no discurso judiciário na forma de recusa de vinculação política das escolhas efectuadas pelo Juiz, conforme Taruffo, são algo cuja natureza escapa à consciência de quem julga tanto mais que, ao contrário da taxação explícita e aberta enunciada pelas codificações da modernidade, hoje os interditos de que se fala não se manifestam claramente nos procedimentos processuais. Mais parece ser a própria expressão de uma retórica inconsciente que atravessa o discurso jurídico e judiciário e que, no limite, se exprime nos “procedimentos” como ordem dada ao discurso, no sentido mesmo de “esconjurar os poderes e os perigos, de dominar o acontecimento aleatório, de esquivar a pesada, a temível materialidade” de que fala Foucault em “L’Ordre du Discours”, mas cujo contributo deve ser compreendido e situado no quadro do “positivismo crítico” em que se move e a que se reporta Edwald em *Foucault A Norma e o Direito*.

Na incompletude da motivação não cabe sobrevalorizar negativamente um fundo das “verdadeiras razões” inconscientes que possam determinar as decisões de justiça, nem sequer faz sentido exigir a sua explicitação ao nível da motivação. Neste âmbito as instâncias judiciais terão apenas de fazer a devida ressalva dos casos de natureza manifestamente patológica que possam eventualmente interferir, de forma grosseira, no exercício da função judicativa. O exercício mais escrupuloso que possa imaginar-se desta função pode não estar imune, em situações de sobrecarga de trabalho, a efeitos de pressão psicológica que ocasione, eventualmente, distorções inconscientes graves. Aliás, poderemos mesmo dizer que a evocação do inconsciente como perigoso fundo insondável que conspurca a racionalidade clara e iluminada do sujeito transcendental, pode bem ser um eficaz artifício retórico que visa desacreditar o lugar e função do juiz singular, designadamente ao nível dos Tribunais de 1ª Instância, tendo em vista, aí sim, esconjurar os perigos da perigosa subjectividade e substituir-lhe, como sustenta Taruffo, um colectivo, por detrás do qual o juiz membro do colectivo se despersonaliza e empresta a voz ao sistema jurídico-político dominante que, por ser político, assim não deseja aparecer.

O sentido etimológico do “político” congrega todos os cidadãos da polis para uma *praxis* conjunta em vista da realização de um destino comum. Ser cidadão (*polités*) é para os gregos algo que legitima a condição de sujeito livre de exercer publicamente a sua razão. Parece que uma racionalidade política diferente daquela, menos conforme com a ordem da razão e mais submissa à ordem das estratégias, preside e contextua a omissão das razões políticas que efectivamente determinam as escolhas operadas na decisão judiciária ao nível da motivação, como que se escondendo para obter, na sombra a sua eficácia e na eficácia a sua razão de ser.

Michele Taruffo considera ser de grande importância no processo de esterilização das argumentações de que o juiz se serve, de par com a já enunciada auto-censura, o próprio “estilo” da motivação mediante o qual ele exprime o fundamento lógico-jurídico da decisão. O “estilo” é algo que aqui entendemos como estando muito estreitamente ligado à “escola” de pensamento jurídico. A nossa A. considera existir, neste domínio, uma “nítida prevalência” das argumentações em direito sobre as argumentações em facto. E entre as primeira as técnicas de argumentação literal e sistemática das normas. Tal significa que prevalecem da motivação judiciária as argumentações que destacam a prevalência da componente “lógico-jurídica da interpretação” sobre a componente “político-avaliativa” e que exprime através da sobrevalorização da via demonstrativa sobre a componente justificatória da motivação. Daí decorrem, inexoravelmente, quer a ficção contida quer no aforismo latino *in claris non fit interpretatio* (fundado no pressuposto de uma verdade previa e definitivamente estabelecida), quer a da exegese dedutiva e sistemática que manifesta essa verdade.

E se é certo que prevalece a motivação em direito, por si mesma condicionada aos referidos dispositivos, a motivação em matéria de facto, quando aparece, manifesta-se num “estilo burocrático” e “asséptico” que esconjura, tanto quanto pode, os momentos especificamente avaliativos da apreciação das provas. Ora, como fizemos notar em *Retórica, Direito e Democracia*, a subsunção dos factos incorpora já uma apreciação de natureza valorativa no processo da sua qualificação.

A premissa menor do silogismo judiciário, que mais ajustadamente deve ser identificado com o conhecido *modus ponens*, divide-se impreterivelmente

em duas, no processo de subsunção à premissa maior que enuncia a regra de direito: a menor estabelece, em primeira linha, se o caso *sub judice* é “de facto o caso” (para usar uma terminologia wittgensteiniana), isto é, se é empiricamente verificável que tal aconteceu, e não é apenas um mero “*sachveralt*” ou estado de coisas possível; em segundo lugar a premissa menor responde à questão se saber se, verificada a consistência dos factos, devem ou não ser estes considerados como do tipo previsto e punível *ab abstracto* na lei.

Em qualquer das circunstâncias, a qualificação do facto requer o concurso, mais avaliativo do que analítico, de razões não constringentes que permitem fazer interagir direito e factos, em busca da solução mais razoável, como o comprova, muitas vezes, o recurso à ficção jurídica, através da qual o tribunal estabelece que o facto típico se não passou, como forma de furtar-se a uma qualificação de que se desprenda uma decisão iníqua.

Mas, sublinha Taruffo, se é normalmente exíguo o espaço deixado ao momento avaliativo, menor é ainda o que concerne à explicitação da realidade concreta onde a controvérsia tem lugar, designadamente a realidade política, económica, social e sindical. De modo consonante, resulta para a nossa autora que, tal como na motivação em direito, também em matéria de facto, se assiste a “una fortissima riduzione delle componenti valutative, in favore di una logica assai scolastica, nella quale gli aspetti più delicati ed ambigui del giudizio vengono dissimulati dietro una “certezza” che spesso non há alcun reale fundamento” (48).

Ora se o estilo de motivação que se esboça no modelo dominante parece claro, isto é, perceptível na sua formalidade e funcionalidade, na medida em que exprime uma estruturação de discurso justificativo fechado na rigidez do silogismo jurídico, acompanhado dos consabidos dispositivos de expansão e de retracção que lhe vêm quase sempre associados, como o são os cânones de interpretação *a simili* e *a fortiori* (no sentido de uma indução) e *contrario* e *distinguo* (no sentido de interpretação restritiva), já o seu sentido, em rigor não pode nunca ser claro, pois mesmo em presença do enunciado das razões aduzidas e conhecido o seu contexto, faltará sempre, em resultado da sobredita omissão, o completo sentido da motivação que se perde com a denegação de razões, operada no estilo de motivação restritiva.

Por outro lado, as estruturas argumentativas que exhibe dão expressão a um discurso jurídico que tende a explicitar uma forte estruturação lógica e uma frágil enunciação avaliativa, ao serviço de uma metodologia jurídica que está alicerçada num tecnicismo jurídico pretensamente neutral e científico, direccionado à interpretação da norma. A pretensão desta discursividade técnica parece ser, na fundamentada opinião de Michele Taruffo, a de apresentar-se como portadora de uma racionalidade necessitante e não como uma racionalidade argumentativa que opera através de escolhas e ponderações entre valores. Ora este discurso logo-técnico necessitante torna-se, em si mesmo, numa espécie de gíria de técnicos do direito ou de iniciados, como reconhece Taruffo e, por isso, selectivo de públicos, excluindo da sua compreensão uma vasta camada do auditório a que se destina.

Ao cidadão comum, aquele estilo de motivação apresenta-se como um discurso complexo, confuso e árido “quanto ricco di nascoste implicazioni che solo l’iniziato può decifrare” (49). Ora é precisamente nestas implicações escondidas e que só o iniciado pode decifrar, que radica, muitas vezes legitimamente, todo o género de suspeições de comprometimento larvar do jurídico com o poder instituído. Este compromisso político é por natureza e essência diverso do compromisso político aberto, susceptível de sobre ele se exercer o controlo democrático difuso da motivação judiciária que o A. sensatamente preconiza.

A imagem de juiz que um tal estilo de motivação comporta, diz Taruffo, é a de um mero “operador técnico neutral”, que decide fazendo uso de instrumentos sobre os quais não tem verdadeiro domínio, que se guia por procedimentos objectivos e racionais ao mais alto grau. O juiz que assim age conforma-se ao espírito que tomou imperativa a obrigação de motivar as sentenças na Idade Moderna, no quadro ideológico-jurídico do positivismo.

Apesar de gasta e desajustada da realidade judiciária dos nossos dias a metáfora de então, de um juiz que é apenas “la bouche que dit la loi”, parece ser ainda refúgio de uma ideologia, não obstante, muito compartilhada que enjeita assumir qualquer responsabilidade política inerente às escolhas sobre as quais, afinal, se alicerça a própria decisão. E se ao nível da fundamentação parece ser muito pouco consistente uma defesa cerrada do positivismo estrito e da correspondente metáfora de juiz, surge agora de forma enviesada, isto é,

através do estilo da motivação, a pretensão de salvar, do confronto com os diversos contextos sociais, a imagem homóloga do juiz-simples-operador-técnico-neutral.

Ora, é de todo evidente que, sempre que um juiz pretenda eximir-se de justificar as suas decisões no que diz respeito à responsabilidade política sobre as escolhas que terão condicionado a sua decisão, sentirá o inevitável e securizante apelo de adequar-se ao “estilo dominante”.

A primeira questão que, do nosso ponto de vista, verdadeiramente se levanta de toda esta problemática associada à motivação, é a de saber até que ponto o “estilo” dominante, na medida em que exista e, enquanto tal, estimula a fuga às responsabilidades políticas de justificação das escolhas e funciona ou não como filtro de censura que se interpõe ante o discurso do juiz, ou mais do que isso, não operará já, por um certo “efeito dispositivo”, através das teias quase inapreensíveis da auto-censura. É comumente reconhecido que a obrigação de motivar, por si mesma, independentemente ainda do “estilo” que possa adoptar, funciona já como princípio de auto-regulação. O “efeito dispositivo” de auto-censura seria uma forma de controlo mais estreita e específica de conformação da motivação ao discurso judiciário dominante.

Esta possibilidade tem alguma consistência na medida em que parece convocar o desejo de apropriação, pelo próprio juiz, de um discurso instituído que perpetua uma certa imagem de si como “operador técnico neutral do direito” e o resguarda do seu maior receio que é o de, em algum momento, ser acusado de não ser imparcial no desempenho da sua função judicativa. Taruffo considera, no entanto, ser sua convicção de que o “estilo” que perpetua *esta imagem de si* do juiz, é sobretudo resultado da “vischiosità di schemi culturali derivati dalla tradizione” (50) e não tanto das escolhas individuais efectuadas por cada juiz caso a caso.

Pensamos, contudo, que a eficácia do controle do discurso com que o juiz motiva a sua decisão, quer proceda predominantemente pelo controle expresso pela tradição cultural, quer pelo “efeito dispositivo” de auto-censura por nós enunciado, será sempre tanto mais eficaz quanto opere de modo inconsciente, sem que o magistrado tenha uma plena consciência do modo como decorre o processo de censura. À semelhança, aliás, do modo como

funciona mais eficazmente a persuasão retórica, isto é, sempre que não é percebida pelo auditório como “procedimento”.

Importa ainda referir que se é certo que o “estilo” da motivação opera pela “selecção” de conteúdos do discurso, é muito claro que ele é igualmente selectivo dos públicos a que se destina. O elitismo aqui denunciado por Taruffo e que se associa a uma discursividade técnica fechada de uma certa forma de motivação judiciária, está ainda presente, embora de uma forma menos visível e em menor grau, no conceito de “auditório universal” em Perelman, apesar da intrínseca vocação igualitária e libertária que se reconhece à “Nova Retórica”, uma vez que é também ele uma construção selectiva de um universo de pessoas competentes sobre o assunto em discussão. Só que, enquanto critério de racionalidade que é, o critério o “auditório universal” faz apelo a uma racionalidade argumentativa comum que no plano formal nada mais exige que o bom exercício de uma argumentação racional e a selectividade constitutiva do auditório universal não resulta tanto da complexidade e tecnicidade do próprio discurso, mas está associada a um critério de exigência do conhecimento dos assuntos em discussão. Pelo contrário, a selectividade imposta pelo “estilo” de motivação denunciado por Taruffo, selecciona os públicos em função da sua aptidão para fazer uso escorreito de uma discursividade técnica de tal forma apurada que só está ao alcance, como ela diz, de iniciados.

Pensamos no entanto que o “estilo” da motivação judiciária dominante, nos termos em que é definida por Taruffo, configura, com mais propriedade, a ideia de um “auditório de elite” no quadro de uma concepção mais restrita e reservada de “auditório universal”. A este propósito, é muito pertinente o bom aviso de Perelman: “Si la qualité des esprits qui adhèrent à certains arguments, dans des domaines hautement spéculatifs, présente une garantie pour leur valeur, la communauté de leur structure avec celle des arguments utilisés dans les discussions quotidiennes expliquera pourquoi et comment on arrive à les comprendre” (51).

Não é outro, naturalmente, o caminho que uma discussão doutrinária em direito percorre, partindo de domínios especulativos de acesso restrito, à semelhança, aliás, das demonstrações tecnicamente complexas de uma teoria científica, percorrendo depois o caminho de uma racionalidade argumentativa

comum, como forma de aceder a uma concepção de auditório universal menos marcada pelo *topos* da qualidade e mais conforme com a noção clássica de “auditório universal”, onde prevalece, como sabemos, o *topos* da quantidade.

Tenhamos presente, contudo, que em Perelman a amplitude do “auditório universal”, porque independe do número de pessoas concretas que o compõem, mas ao invés da amplitude do universo de pessoas capazes de aderir racionalmente às boas razões apresentadas pelo orador, aderindo a um arsenal argumentativo convincente, se é certo que o seu conceito de “auditório universal” convoca o *quantum* de intensidade de adesão racional, não deixa de convocar o *topos* da qualidade, uma vez que se liga também ao *modus* como essa mesma adesão é constituída.

Neste sentido, é legítimo inferir que o auditório judiciário, sendo estruturalmente universal, reenvia sempre a uma racionalidade comum, mas através de um modo de ser técnico-jurídico que elitisa a sua constituição como auditório universal pelo *topos* da qualidade. Deste modo, se os caminhos da democratização parecem legitimar a adopção de medidas que abram caminho à informalização e descrispação *lato sensu* do direito e à discursividade técnica que o caracteriza, podem e devem proceder, cumulativamente, pelo movimento inverso de fazer dos sujeitos uma elite, no bom sentido em que por isto se entenda a promoção e elevação da capacidade de intervenção política e do nível de cidadania do sujeito de direito.

E porque este desiderato último é de difícil concretização, o sobredito “estilo” dominante da motivação judiciária, pelo seu elevado tecnicismo e forte estruturação lógico-jurídica, que o tomam arredo de uma discursividade técnica veiculadora de uma racionalidade argumentativa comum, torna-se factor de desnivelamento injusto e de profunda selectividade cultural e política entre públicos que constituem o mesmo auditório judiciário universal. O auditório judiciário universal confina-se assim perigosamente, diga-se, a uma estirpe de técnicos de direito, apta a manusear os instrumentos técnicos e culturais implicados na forma de motivação judiciária dominante e aqui denunciada.

Acresce dizer que, com a selecção dos destinatários, esta metodologia dominante cumpre, por último, dois objectivos complementares: um primeiro cumpre-se no facto de atribuir ao juiz uma responsabilidade exclusivamente

técnica e, além do mais, perversamente conferida *inter pares*, isto é, por pessoas com as quais compartilha uma mesma cultura jurídica e a mesma ideologia da administração da justiça; o segundo objectivo, cumpre-o eximindo o juiz de responsabilidade política e do correspondente “controle democrático difuso” que deveria exercer-se sobre as reais razões que determinaram as suas decisões.

No limite, a selecção dos destinatários da motivação tem ainda a virtualidade de tornar manifesta a *separação* entre a administração e o corpo social que, de algum modo, exprime uma perigosa homologia de relação com a ideologia da separação das faculdades, que já havia inspirado a teoria liberal da separação dos poderes, aqui levada ao paradoxo insustentável de uma administração que pensa e decide e um corpo social gnoseologicamente amorfo e volitivamente submisso.

Em face deste conjunto de razões, Michele Taruffo preconiza uma transformação global da figura política do juiz e da *praxis* da motivação, a partir de duas alterações de fundo: uma, no sentido de uma personalização da justiça; a outra, no sentido da legitimação democrática do juiz. Ora, por “personalização da justiça” ela designa todo o esforço de recondução da decisão ao juiz singular que, segundo ele teria o mérito de romper com o “segredo” e a “impessoalidade” que caracterizam a deliberação colegial, fórmula dominante no ordenamento jurídico dos países do continente europeu, dando maior evidência à possibilidade de tornar público o *voto contra* do juiz singular em minoria numa decisão colectiva.

Reforçada esta possibilidade, ganhava sobretudo a possibilidade de se tornarem explícitas as componentes avaliativas de uma decisão e de se poder alterar mesmo o *stylus curiae* gerando modelos de motivação mais disponíveis para a realização do controlo democrático. A “personalização” da justiça passaria igualmente por generalizar a adopção de um juiz único nos tribunais de primeira instância.

Contra o argumento dos que defendem a colegialidade sob o argumento de que esta protege o juiz da interferência do poder político, Taruffo usa o *argumento apagógico* ou da *reductio ad absurdum* : “da questo punto di vista, spersonalizzazione della giustizia, e la conseguente de-responsabilizzazione

del giudice come individuo, sarebbero necessarie (al pari della segretezza della deliberazione) come condizioni di indipendenza del giudice” (52).

Ao invés, sustenta a A., há fundadas razões para crer que a colegialidade dos tribunais é sobretudo uma forma de garantir ao poder político o conformismo da decisão, na medida em que ela submete o juiz singular às escolhas de política do direito que a magistratura, enquanto “corpo”, leva à prática.

Daqui resulta que advogar a ideia de um juiz politicamente responsável só é concebível, para esta A., sob a condição necessária de personalização da justiça e, no limite, da legitimação democrática do juiz pelo voto, propondo a introdução da figura do “juiz honorário electivo” como forma de provocar a ruptura com as “incrustações culturais e burocráticas” que, segundo ela, são típicas da administração da justiça. Este conjunto de medidas haveria de pôr termo ao predomínio do tecnicismo jurídico e à consequente selecção do público a que ele dá lugar.

A “escolha electiva daria ao juiz, na opinião da A., a legitimação democrática de que carece e, correlativamente, à comunidade que o elegera, a condição de interlocutora privilegiada. Esta proposta configura a ideia de um juiz vinculado pelo voto ao corpo social e, sobretudo, um estilo de motivação nem omissivo de razões, nem selectivo de públicos, conformando-se a ser um dispositivo de controle democrático “difuso” sobre o modo como a justiça é administrada.

Parece-nos pertinente e com fundamento a denúncia feita por Michele Taruffo sobre o fundo e a forma de uma estratégia que se exerce através do estilo de motivação que ele considera dominante: que pretende perpetuar a imagem do juiz como “simples operador técnico neutral”; que esconde a dimensão verdadeiramente política das escolhas por este operadas; e que, por fim, a coberto de uma discursividade técnica apurada, selecciona os públicos, subtraindo a administração da justiça à possibilidade de um controle público democrático.

Consideramos, no entanto, que a razão determinante de um bom exercício da faculdade de “estatuir na condição de juiz” é, antes de tudo, a condição de a pessoa que aplica a justiça ser intrinsecamente uma pessoa justa e, logo após, a de ser uma pessoa tecnicamente capaz de aplicar as leis

“dans un esprit d'équité, conforme aux traditions de la communauté dont ils sont les magistrats” (53).

Considerada aquela primeira condição, por assim dizer, fundante, não apenas da função do juiz, mas da própria eticidade da sua condição humana, importa inflectir para a análise do conteúdo funcional que lhe está cometido. Quando se reflecte sobre o conteúdo da função do juiz, logo surge a questão de saber até que ponto o “justo juiz”, em nome da objectividade da sua função, deverá ser capaz de se deixar atravessar pela luz de um fio de racionalidade que o precede e depois dele continua o seu curso, no sentido que lhe é conferido pela metáfora por nós trabalhada em *Retórica, Direito e Democracia*, no quadro da coerência da Teoria Narrativa.

Pensamos que o juiz deverá posicionar-se nessa linha de racionalidade dialógica que o antecede e lhe sucede, mas fazendo-o com uma determinação prospectiva de o melhorar, e não apenas como mero repetidor de sinal, para usarmos uma analogia retirada das telecomunicações.

Mais, potenciando esta mesma analogia, entender-se-à que o fio de racionalidade em que ele se posiciona, como se fora um “cabo de fibras ópticas” usado na difusão de sinal de televisão, veicula não apenas o sinal da “mono-racionalidade” clássica, mas uma racionalidade plural e pluridisciplinar que caracteriza o universo de saberes do tempo presente e que converge para uma adequada leitura do real que o direito necessita fazer.

Assim pensando, consideramos pertinente a observação de Perelman quando diz que o juiz não pode desempenhar cabalmente as suas funções como se fora um espectador desinteressado. De facto, enquanto “justo juiz” ele não pode limitar-se a deixar falar os factos por si próprios (54). A sedução da univocidade e da evidência leva-lo-iam muito provavelmente, na medida em que prescindisse do seu sentido de apreciação e avaliação crítica, a ser enganado pela aparência, uma vez que os factos, mesmo quando nos são servidos pela mão da “evidência empírica”, necessitam de ser interpretados *sub speculum* de uma *métis* jurídica, feita de saber e de experiência, que não apenas os dará como provados, mas os interpreta e avalia sob o ângulo da sua relevância jurídica e nas suas pertinentes articulações.

Sob a designação de “realidade objectiva” emolduramos, por vezes, uma modesta representação, isto é, uma certa visão da realidade obtida por

provas que Aristóteles designa por atécnicas, que este autor ilustra como sendo os “testemunhos” e as “confissões sob tortura”, entre outras. Ora a sobredita “realidade objectiva” poderá sê-lo tanto mais quanto mais puder submeter-se aos critérios de verificação ou de justificação racionalmente fundados. Mas, como sabemos, estes critérios não bastam para a produção de uma decisão equitativa e justa. A interpretação e a avaliação da realidade requerem, necessariamente, alguma discricionariedade de quem usa a faculdade de julgar, tanto mais que a decisão que põe termo à “incerteza”, sob pressão de ser um mecanismo de regulação social indispensável, tem a sua eficácia e pertinência muito marcadas pela oportunidade temporal.

Por outro lado, surge a imparcialidade como um sinal distintivo, se não mesmo emblemático, do que normalmente se entende por um “justo juiz”. O juiz manifesta-a, quer na condição de terceiro que se interpõe entre os litigantes, personificando aí a “justa distância” (que não consente da sua parte qualquer pré-juízo que iniba uma boa apreciação da causa), quer ainda no sentido em que aplicará a todos as normas prescritas pelo direito.

Ora, é justamente em resultado do seu compromisso de fazer respeitar as normas da comunidade aplicando o direito, que o juiz precisamente por ser aquele que estabelece a “justa distância” não se limita a separar, a decidir, no sentido etimológico do termo. Ele está comprometido com a “finalidade longa” da decisão, a que fizemos referência, e que se cumpre no “reconhecimento” recíproco dos sujeitos e, através dele, na concretização da sociedade como empresa de cooperação.

Deste modo, a imparcialidade que se espera do “justo juiz”, não implica apenas o estabelecimento de uma “justa distância” entre as partes, mas igualmente uma “distância justa” que o comprometem com o dever de fazer observar as normas e os valores da *polis*, isto é, da comunidade politicamente constituída e em cujo nome deve decidir e motivar as suas decisões.

Por último, importa dizer que a necessidade de avaliar com espírito de equidade e de operar escolhas entre soluções qualitativamente muito equivalentes convocam a razoabilidade de um espírito lúcido, humano e com sentido de equidade.

5. 3. - Da tensão entre a teoria e a experiência à função social da decisão.

Em termos judiciais, a acepção mais corrente de “conflito” é a da confrontação de interesses antagónicos que são causa do processo e pretendem fazer vencimento na audiência do julgamento. A incerteza relativa à resolução deste conflito convoca, então, a impositiva necessidade de uma decisão que lhe ponha fim. Mas, além desta, emerge uma outra e importante acepção de “conflito” que à decisão cabe resolver. Referimo-nos ao “conflito” entre o domínio do “saber jurídico” e o acontecer que irrompe do mundo dos possíveis e se manifesta abruptamente no mundo real ou dos factos. O saber responde por um esforço hermenêutico no sentido de integrar cada novo facto nas estruturas do saber existentes ou no sentido de elaborar novas sínteses explicativas.

Neste processo, a “decisão judicial” entretece compromissos com o processo de constituição do conhecimento jurídico, fazendo seu o paradigma que define o lugar e função da decisão na constituição do pensamento científico. Encurtando caminho, a decisão desempenha um lugar importante na produção e actualização do conhecimento, seja nas ciências positivas, em ciências humanas ou no conhecimento jurídico.

Decidir implica então, em termos epistemológicos, inventar hipóteses ajustadas, modificar princípios e classificações antes admitidos, ou o sentido atribuído aos termos técnicos, em ordem a eliminar incompatibilidades no seio da teoria ou as que venham a emergir da sua relação dialéctica com a experiência. É no espaço de tensão gerada entre a teoria e a experiência que, como vimos em momento anterior, a decisão encontra o seu lugar e função como dispositivo de superação de uma tal tensão ao serviço da evolução do saber.

Decidindo, então, o cientista desempenha as funções de árbitro e de *poïéta*: de árbitro, entre factos e métodos, numa procura da solução mais conforme com a *realidade*; de *poïéta*, na produção e invenção de soluções, guiado, como diz Perelman, por exigências de simplicidade, economia do pensamento, fecundidade, regularidade e generalidade.

Sendo a estrutura racional das proposições e das metodologias algo em permanente construção, a ele cabe, por decisão, enunciar novas proposições que veiculem novas determinações ao domínio do saber constituído. Já de outro modo o juiz, diferentemente do homem de ciência, não dispõe da mesma autonomia em matéria de decisão. No acto de decidir ele estará sempre condicionado por regras de competência claramente definidas que, por via de regra, não inibem o homem de ciência.

Com Ricoeur vimos como a decisão judiciária se situa no termo de uma linha evolutiva de densidade semântica, até aceder a um ponto onde “julgar” e “decidir” nos são dados como sinónimos e onde se convocam as faculdades do entendimento e da vontade (enunciados por Descartes na 4ª Meditação), não para as confinar meramente às “acções da vida”, como faz este autor, mas para as exercer num universo de actividade que é simultaneamente *práxica* e *poiética* - o universo judiciário.

O “estatuir na condição de juiz”, tendo embora parte com a forma de um *juízo determinante*, enquanto promove a aplicação da lei a um caso, é muito mais equiparável a um kantiano *juízo reflexivo* na medida em que opera a partir da fenomenologia do acontecer para aceder, reflexivamente, à melhor solução jurídica para o caso. Vimos então a decisão assumir, por direito próprio, o estatuto epistemológico de uma *téchné*.

Dissemos por isso que, neste seu sentido forte, o julgar convoca o entendimento e a vontade, não obstante termos presente que, desde a antiguidade clássica, a epistemologia da decisão está marcada pela dissociação entre uma acção que opera sob a legalidade do entendimento e uma outra que é determinada pela vontade. Como acontece em qualquer processo de dissociação de noções, este comporta uma hierarquia que desqualifica uma delas, neste caso as escolhas (avaliativas, cognitivas e interpretativas) no pressuposto de que não são passíveis de justificação racional.

Ora, a decisão judiciária não pode escorar-se apenas na cognição estrita da matéria de facto e do direito a aplicar. Comporta também a realização de escolhas avaliativas e interpretativas, tanto em matéria de facto como de direito. E, mesmo no plano estritamente cognitivo, muito raramente a evidência dos factos e do direito a aplicar se impõem ao juiz com a

constringência de uma certeza, isto é, no grau mais rigoroso da motivação lógico-material. A convicção ou presunção do juiz forma-se a partir de provas materiais e testemunhais de consistência probatória muitas vezes incerta e que, apesar de “forçarem” de algum modo a adesão do seu espírito, o fazem com uma constringência variável.

Pensamos, por isso, que é no plano gnoseológico de uma convicção que não é refém da evidência e pressupõe, justamente, a ultrapassagem da “evidência sensível” pela meditação, que a decisão judiciária se forma. Só assim, como diz Vasilie Florescu, a convicção pode fundar-se “sobre uma motivação lógica material, capaz de ser adoptada também por outros”. Ora, esta “meditação”, para só falar em matéria de facto, obriga à correlação de provas materiais e pessoais e comporta a avaliação supletiva da culpa do agente, circunstâncias que inibem a manifestação da forma mais forte de convicção - a certeza. Mas, numa relação inversamente proporcional, com a retracção da convicção, expande-se o campo reservado deliberação e à liberdade de quem decide.

Estamos, assim, em presença de uma forma atenuada de convicção (da qual o sujeito decididor não sai vencido pela impositiva constringência das razões que o *con-vencem*), o que nos aproxima da persuasão produzida por boas e fundadas razões, aquém da certeza e além da opinião, num lugar onde se operam as escolhas da decisão judiciária. Porque se trata de uma decisão fundada em provas não constringentes, reserva sempre um lugar à probabilidade, uma espécie de pequena brecha por onde irrompe uma ténue possibilidade de erro e espreita a dúvida. Mas essa é a condição mesma do exercício da liberdade de quem julga, apesar dos procedimentos legais e dos constrangimentos de natureza sistémica que impendem sobre a decisão, legitimamente invocados por Lucien Sfez na sua *Critique de la décision* (55).

A decisão judiciária competente é uma decisão racionalmente fundada mas que tem medida em critérios de razoabilidade e equidade, pressupõe conhecimentos amplos do direito a aplicar, conhecimentos específicos sobre o caso, a “justa distância” e, por fim, uma comunidade jurídica dialogicamente constituída como interlocutora das razões que motivam a decisão. Numa palavra, é esta comunidade jurídica constituída como auditório universal que, no limite, constitui o critério de uma decisão simultaneamente racional e justa.

O radical etimológico de *decidere* reenvia-nos, em primeiro lugar, a uma função social da decisão que se consuma na sua “finalidade curta”, isto é, nos limites estritos do processo, onde “decidir” significa, antes de mais, “separar as partes”, “pôr um fim ao conflito” e à “incerteza”; o outro sentido, mais implícito e qualitativamente mais interessante, é o de “regular amigavelmente” e “harmonizar-se” e, por isso, compromete a decisão com o cumprimento de uma “finalidade longa” - o fim da violência como causa de todos os conflitos. Esta finalidade longa concretiza-se, num primeiro plano, no *reconhecimento* recíproco das partes como sujeitos jurídicos homólogos e, a um segundo nível, e pela mediação daquele, a realização da sociedade como empresa de cooperação.

A decisão, como acto suspensivo da “incerteza” no processo, satisfaz a necessidade social imediata de dar um fim ao conflito, interpondo-se entre o *meu* e o *teu* para levar à prática a aceção clássica de uma justiça distributiva, enunciada lapidarmente na máxima “*suum cuique tribuere*”. Enquanto tal, ela é dispositivo adequado ao funcionamento da sociedade como empresa de distribuição a que parece conformar-se, de certo modo, a proposta de Rawls na sua *Theory of Justice*. A este nível a decisão judiciária apenas pode aspirar a dirimir o conflito pela rama, isto é, na sua exterioridade, como epifenómeno da violência profunda que é causa de todos os conflitos sociais.

A “finalidade longa” da decisão, pressente-se no exercício prospectivo de uma solução jurídica que reivindica das partes litigantes uma atitude de reconhecimento recíproco, se não o reconhecimento da razoabilidade das razões do outro, pelo menos o da paridade ontológica, ou da idêntica condição de sujeitos de direito e de razão. É no reconhecimento do outro como sujeito jurídico, com direitos que sabemos estarem por vezes temporariamente limitados sob alguns aspectos, que podemos interromper o círculo vicioso da violência.

Hannah Arendt faz-nos notar que o grande salto qualitativo que representa a passagem de um “estado totalitário de natureza” a um “estado de direito” se dá com a supressão da vingança como aparência de justiça. Compete ao Estado de Direito constituir-se como conjunto de alternativas à violência e, em particular, àquela que Ricoeur designa como a sua forma mais

tenaz e perversa - o “desejo de vingança” - por se apresentar como realização da justiça.

A decisão judiciária, na medida em que releva de um juízo reflexivo, prospectivo de novas soluções, torna manifesto o múltiplo sentido do termo *poiësis*: a um primeiro nível, ela é *poética* enquanto meio de produção de uma utilidade particular que responde às partes litigantes no processo; a outro nível, ainda associado à sua “finalidade curta”, pondo fim ao conflito, a decisão judiciária realiza uma utilidade geral inequívoca mas, apesar de tudo, limitada - a que convém à sociedade como empresa de distribuição. Pensamos ser apenas na sua “finalidade longa”, como actividade *metapoiética*, que a decisão se dá a ver como dispositivo arquitectónico de uma estética do social, politicamente comprometido com o fim da violência na sociedade, com a realização da paz judiciária, no limite, com o projecto de “sociedade como empresa de cooperação”.

Michele Taruffo, civilista italiana, reivindica, em nome do “controlo democrático difuso” da justiça, que deve ser exercido pela sociedade civil, que os juizes assumam a responsabilidade política pelas escolhas que efectuam em matéria de política de direito no âmbito da decisão. Contrariando esta necessidade, subsiste, segundo Taruffo, um modelo de motivação, dominante nos regimes jurídicos dos países do continente europeu, que impõe a omissão das escolhas desta natureza, como forma de perpetuar a imagem do “juiz-simples-operador-técnico-neutral”. Privilegia-se, então, uma estratégia em que a decisão colectiva sobreleva a do juiz singular, esbatendo a relação de imediação do juiz com a sociedade bem como a sua capacidade de assumir o compromisso pessoal e político com a comunidade jurídica que congrega todos os cidadãos a quem compete efectuar o “controlo democrático” das escolhas, globalmente políticas, efectuadas na aplicação do direito.

Taruffo preocupa-se, como nos foi dado observar, em surpreender o que designa por *capitulações explícitas a promessas ideológicas* no âmbito da aplicação do direito. A partir daqui, a nossa preocupação é outra: convocando a reflexão proposta por Michel Foucault na sua obra “L’Ordre du Discours”, preocupamo-nos em fazer luz sobre uma outra e mais eficiente capitulação: a que decorre de modo inconsciente perante uma ordem dada ao Discurso

“como forma de esconjurar poderes e perigos”, muito particularmente no discurso da sexualidade e da política.

A nossa tese vai no sentido de reconfigurar as capitulações em matéria de justificação das escolhas realmente operadas, na suspeição de que, a par daquelas que são típicas de um *estilo* e uma prática marcados por um princípio de conservação do *status quo*, outras mais significativas ocorrerão num modo inconsciente e não doloso, em matéria de escolhas de política de direito. Estas capitulações dever-se-iam entender, do nosso ponto de vista, como algo que releva de uma retórica inconsciente que atravessa o discurso da motivação judiciária, como forma de perpetuar a ideia de uma justiça pretensamente “neutral, objectiva e necessitante” que Taruffo denuncia.

Neste sentido podemos dizer que a evocação do inconsciente como perigoso fundo insondável que conspurca a racionalidade clara e iluminada do sujeito transcendental, pode bem ser um eficaz “artifício retórico” (que releva do mau uso da retórica, diga-se) que visa desacreditar o lugar e função do juiz singular, tendo em vista esconjurar os perigos de que fala Foucault aqui trazidos pela perigosa subjectividade e substituir-lhe, como sustenta Taruffo, um colectivo onde o juiz membro se despersonaliza e empresta voz ao sistema jurídico-político dominante que, por ser político, assim não deseja aparecer.

Notas Bibliográficas

- (1) - Lembremos que os termos “julgar” e “decidir” têm um sentido igualmente muito próximo do que se exprime pelo termo “deliberar”. Importa referir. A título de exemplo que no ordenamento jurídico francês “*délibéré*” designa “a fase secreta do processo que se estende entre os debates e a pronúncia da sentença e durante a qual os juizes deliberam” (cf. Fontette, François, *Vocabulaire Juridique*, P.U.F. n.º 2457; no ordenamento jurídico português e, em particular em Processo Civil, denota-se pelo termo “deliberação” a “manifestação de vontade de um órgão colegial, apurada por um conjunto majoritário de declarações de

vontade paralelas dos membros do órgão”, (cf. Prata, Ana, *Dicionário Jurídico*).

- (2) - Descartes, René, *Meditações sobre a Filosofia Primeira*, p. 165 e sgs.
- (3) - Ricoeur, Paul, *Le Juste*, p. 186.
- (4) - Idem, p. 190.
- (5) - Idem, p. 12.
- (6) - Torrinha, Francisco, *Dicionário Latino-Português*, Edições Marânus, Porto, 1945.
- (7) - Ricoeur, Paul, *Le Juste*, p. 188.
- (8) - Dizemo-lo conjugando a reflexão de Wittgenstein e a construção do mundo dos factos a partir de uma partição operada a partir de um mundo de estados de coisas possíveis. O movimento dinâmico de erupção do evento, faz-nos convocar a reflexão de Charles Sanders Peirce e a emergência dos signos enquanto *secundeidade*.
- (9) - cf. Perelman, “Le rôle de la décision dans la Théorie de la Connaissance”, *Rhétoriques*, p. 412.
- (10) - Perelman, op. cit., p. 415.
- (11) - Perelman, op. cit., p. 417.
- (12) - Perelman, op. cit., p. 419.
- (13) - Perelman, op. cit., p. 422.
- (14) - Bronze, Fernando José, *A Metodonomologia Entre a Semelhança e a Diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, “Boletim da Faculdade de Direito”, Coimbra Editora, 1994, p. 23.
- (15) - Bronze, op. cit. pp. 23-25.
- (16) - Idem, p. 25.
- (17) - Perelman e Tyteca, *Traité de L’Argumentation*, p. 62.
- (18) - Florescu, Vasile, *La Rhétorique et la Néorhétorique - Genèse, évolution, perspectives*, Les Belles Lettres, 1982.
- (19) - Idem, p. 32.
- (20) - Idem, p. 33
- (21) - Ibidem

- (22) - cf. Borges, Hermenegildo Ferreira, *Retórica Direito e Democracia*, cap. 3.3 e 3.4., pp. 90-127, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 418, Lisboa, 1992.
- (23) - *Traité de L'Argumentation*, pp.38-39).
- (24) - *Rhétoriques*, p.70.
- (25) - "Droit, logique et epistemologie", *Éthique et Droit*, p. 625.
- (26) - Florescu, Vasile, op. cit., p. 32.
- (27) - Perelman e Tyteca, *Traité de L'Argumentation*, pp.75-76.
- (28) - "Désaccord et rationalité des décisions", in *Archivio di filosofia*, 1966, pp.87-93 e ainda em outras publicações, como *Droit, Morale et Philosophie*, pp.103-109, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), Paris, 1968.
- (29) - "Reason in Legislative Decisions" in *Rational Decision* (Nomos VII), New York, Athemon Press, 1964, p. 102.
- (30) - Cf. Perelman e Tyteca, *Traité de L'Argumentation*, p. 682.
- (31) - Descartes, *Règles pour la direction de l'esprit (Regulae ad orientationem ingenii)*, II, "Oeuvres", Vol. XI, pp. 205-206, trad. V. Cousin, Paris, 1826.
- (32) - Florescu, Vasile, *La rhétorique et la néorhétorique*, p. 129.
- (33) - Perelman, "Désaccord et rationalité des décisions", *Droit, Morale et Philosophie*, p. 105.
- (34) - Sidgwick, Henry, *The Methods of Ethics*, p. 33, cf. Perelman, *Droit, Morale et Philosophie*, p. 106.
- (35) - Bronze, Fernando José, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, p. 550.
- (36) - Ibidem
- (37) - Idem, p. 551.
- (38) - Perelman, Chaim, op. cit., p. 107.
- (39) - Idem, p. 108.
- (40) - Idem, p. 109.
- (41) - Taruffo, Michele, "Responsabilità Politica del Giudice e Stile della Motivazione", *Rivista Citta & Regiones*, n.º 3, Marzo, 1977.
- (42) - Taruffo, Michele, op. cit., p. 41.
- (43) - Ibidem.

- (44) - Idem, p. 42.
- (45) - cf. Taruffo, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 266.
- (46) - cfr. Taruffo, Michele, "Responsabilità Politica del Giudice e Stile della Motivazione", p. 44.
- (47) - cf. Foucault, Michel, *L'Ordre du Discours*, cit., pp. 10-11.
- (48) - Taruffo, Michele, op. cit., p. 44.
- (49) - Idem, p. 45.
- (50) - Idem, p. 46.
- (51) - Perelman e Tyteca, *Traité de L'Argumentation*, p. 10.
- (52) - Taruffo, Michele, op. cit. p. 47.
- (53) - Perelman, Chaim, *Éthique et Droit*, p. 233.
- (54) - cf. Perelman, op. cit., pp. 234-235; refulge neste trecho a noção perelmaniana de um "justo juiz", o "árbitro ideal". Ele é requerido como pressuposto fundamental para uma boa realização do direito.
- (55) - Sfez, Lucien, *Critique de la décision*, ut. trad. portuguesa, *Crítica da decisão*, Pub. D. Quixote, Lisboa, 1990.

VI - Para uma *poiésis* da justiça e da vida - prolegómenos a uma estética direito.

*Com pleno mérito, mas poeticamente,
habita o homem esta Terra (1).*

6.1. - O “ser da poesia” e o “habitar do homem”.

A lucidez mais fina e a doce emocionalidade dificilmente podem ser encontradas numa aliança mais harmoniosa do que no ensaio de Heidegger que tem, na versão francesa, o título “... *L’homme habite en poète* ...” (2). Nele o autor esboça as linhas de uma inquirição ontológica sobre a condições de possibilidade de uma existência humana que realize a plenitude do seu ser. Tomando como ponto de partida o poema tardio de Hölderlin, Heidegger procura definir o lugar e a condição do existir humano na relação entre uma terra e um céu, entre a imanência dos sulcos dos seus pés sobre a terra e uma “transcendência” que, apesar de o ser, lhe é intrínseca e essencial como condição do ser pessoa humana: o “habitar poeticamente”.

A sua questão de partida é a de saber como é que “o homem”, isto é “qualquer homem”, pode, de modo permanente, habitar poeticamente. Esta inquirição é tanto mais relevante quanto sabemos que o “habitar” e o “ser poeta” são comumente considerados como incompatíveis. Heidegger reconhece que o sentido corrente de “ser poeta” condiz com a imagem de alguém que, na opinião mais favorável, situa a ordem dos seus interesses num plano diferente do homem comum, justificando, só por isso, a questão por si levantada: “Qualquer que seja o habitar não é ele sempre incompatível com o modo de ser dos poetas ?” (3).

O habitar do homem, como reconhece Heidegger, está hoje sob pressão do constrangimento gerado pela “crise de alojamento” a que se juntam, como ilustração de um habitar precário, todo o condicionamento gerado pelo

trabalho, a instabilidade produzida pela busca de vantagens e de sucesso. No limite, diz Heidegger, “o habitar” torna-se prisioneiro dos sortilégios do prazer e das formas organizadas de lazer, onde a poesia é em si mesma rejeitada sob o pretexto de se tratar de “nostalgia estéril”, “esvoaçamento no irreal” ou “fuga num sonho sentimental”.

Da poesia terá restado apenas uma marca residual, como literatura, tornando-se presa fácil dos órgãos de comunicação que fazem do movimento literário um “agente” ao serviço da sua estratégia de formação e condução da opinião pública. Neste processo de rendição em que, apesar de tudo sobrevive como literatura, o valor da poesia tornou-se variável, função da agenda dos órgãos que ditam a “actualidade” do momento.

Perante esta nova contextualização em que a poesia só pode aparecer como literatura e se reforça a ideia de que os poetas se comprazem em sonhar, em vez de agir e, se algo fazem, esse algo é apenas produto da imaginação, Heidegger coloca-se então a questão de saber se é ainda sustentável a asserção inicial que proclama a poesia como o habitar do homem.

Não obstante o termo grego *poiésis* ser a denotação mesma da “acção de fazer”, Heidegger reconhece ser muito difícil, no quadro das condições sociais e históricas a que está submetida presentemente a vida social dos homens, admitir que o habitar do homem deva ser poesia e poético, ou, muito simplesmente que o habitar repousa na poesia.

De facto, admitir esta correlação pressupõe que se tenha superado a incompatibilidade, que o senso comum torna manifesta, entre “o habitar” e “poesia”, a começar pelo sentido chão do “habitar do homem”, tão amarrado que está às condições de existência e aos constrangimentos que hoje envolvem o “ter um alojamento”.

A representação corrente do habitar, como observa Heidegger, denota apenas um comportamento do homem, de entre muitos outros possíveis. Daí que o autor nos convide a abandonar a denotação corrente dos termos “habitação do homem”, fazendo-lhes corresponder a de um ponto de partida da reflexão sobre a “*Existenz*” do homem ou “a marca fundamental da condição humana” (4).

A “poesia” não deve ser entendida como algo que se acrescenta a esta “marca fundamental da condição humana” que é “o habitar”, como se fora, para usar as palavras de Jean-Louis Vullierme, uma espécie de “suplemento de alma”. Mas, como refere Heidegger, se a “poesia” não é algo que deva acrescentar-se “ao habitar” do homem, também não é algo que lhe seja conatural, como seríamos levados a supor sempre que a qualificamos de “poética”.

Heidegger propõe, como meio de superação desta antinomia, a compreensão de que o ser da poesia é causa eficiente do ser do habitar: “é a poesia que, em primeiríssimo lugar, faz do habitar um habitar. A poesia é o verdadeiro *fazer habitar*” (5).

É do modo de ser da poesia “fazer habitar” e “construir” o próprio habitar do homem, cotando-se como actividade produtora da “marca fundamental da condição humana” que é o seu “habitar”.

Heidegger coloca-nos, assim, perante uma dupla exigência: por um lado, a de pensar aquilo que se designa por “existência do homem” a partir do habitar; por outro, a de pensar o ser da “poesia” como “fazer habitar” e como “construir” por excelência. É neste sentido que a inquirição do ser da poesia nos reenvia sempre ao ser do habitar.

Mas é apenas na medida em que escuta a palavra que a linguagem lhe dirige que o homem pode legitimamente receber dela a pretensão de obter uma tomada de vistas sobre o ser do habitar e da poesia: “ele recebe-a somente quando dirige já a sua atenção sobre o ser próprio da linguagem e pelo tempo em que o faz” (6).

É pelo facto de o homem ser um súbdito (que não senhor e criador) da linguagem, que assim recebe dela aquela pretensão. Na opinião de Heidegger, o homem só fala na medida em escuta e responde ao que diz a linguagem. O sentido mais forte desta ideia dá-no-lo Heidegger na ideia de que a linguagem faz de nós mesmos um signo e conduz até nós o ser das coisas. Não é certo, porém, que nos entregue “o ser transparente da coisa” e, menos ainda, o faça de maneira directa e definitiva.

A poesia é, de algum modo, a “frequência” (no sentido radio-eléctrico do termo) em que melhor se escuta o apelo da linguagem. Para Heidegger, ela é a condição de liberdade da própria linguagem, uma vez que, através dela, se

abre ao imprevisto e se dispõe a aceitá-lo. Através da poesia a linguagem entrega-se, de modo mais puro e disponível, a escutar o seu próprio e mais profundo sentido. É com esta atenção que Heidegger nos convida a escutar os versos de Hölderlin:

*“Com pleno mérito, mas poeticamente,
habita o homem esta Terra.”*

O termo “poeticamente” surge, neste contexto (diz Heidegger), como se estivesse ali para restringir o habitar pleno dos méritos do homem. Ora, o que acima é dito, como refere Heidegger, é exactamente o inverso, pois a restrição é colocada pelas palavras “com pleno mérito” a que o autor sugere que mentalmente se acrescente “sem dúvida”: “Sem dúvida o habitar do homem é sob muitos aspectos meritório” (7).

Heidegger observa que o que é verdadeiramente meritório, neste “habitar” humano, são os desvelos a que o homem se entrega para cuidar e proteger as coisas que crescem da terra para sua fruição. Mas o “cuidar” e “proteger” são ainda signos de um certo modo estreito de habitar, mesmo que complementado com um sentido largo e múltiplo que convoca toda a acção de “edificar” e comporte todo o tipo de construções e acabamentos produzidos pelo homem.

Heidegger, adverte-nos de que os méritos deste múltiplo construir não só não preenchem nunca completamente o ser do habitar do homem, como se constituem como obstáculo que barra o acesso ao ser do habitar. É o que acontece sempre que tais méritos são procurados e adquiridos por si mesmos, como se foram “utilidades poéticas particulares” (no sentido primeiro do étimo grego *poiésis*) consideradas apenas no seu específico valor utilitário, sem atender à possibilidade de aceder a uma “utilidade indivisível”. Os méritos do múltiplo construir restringem em toda a extensão, como diz Heidegger, o habitar aos limites da cultura e da construção, não obstante ser preocupação da cultura e da construção satisfazer as necessidades do habitar do homem.

Porém, o habitar do homem não se constrói apenas com este modo comum de “cultivar-e-construir”, não obstante a extensão dos seus méritos. Por isso, a fundação mesma do habitar do homem só pode cumpri-se através de uma outra forma de “construir” - aquela através da qual a linguagem fala de forma mais pura e profunda: a poesia. E, para que se não pense que este

“construir” poético arranca o homem da sua condição terrena de existência, Hölderlin, esclarece: “habita o homem esta Terra”. Dizer isto significa não apenas que o habitar do homem mas o próprio “ser da poesia”, que o constrói, têm na terra as suas fundações. Por isso diz Heidegger: “É a poesia que à partida conduz o homem sobre a terra, à terra, e que o conduz assim no habitar” (8).

Heidegger faz-nos notar que a dissemelhança entre o dizer do poeta Hölderlin e o seu próprio, quanto ao “modo de habitar” do homem, releva de uma distinção essencial entre “poesia” e “pensamento”. Na sua distinção radical, paradoxalmente, a possibilidade de ambos poderem denotar o “mesmo” (das *selbe*) enquanto resultado de uma tentativa de conciliar coisas diferentes: “Poesia e pensamento apenas se encontram no “mesmo” se permanecerem decididamente na diferença do seu ser e também enquanto assim permanecerem” (9).

Não obstante a diferença entre os modos poético e filosófico de falar do habitar do homem, em ambos o habitar “poeticamente”, é indissociável da vivência do puro sofrimento, e só nele, a partir dele e através dele, é permitido ao homem obter os méritos que lhe permitem elevar os olhos para o céu e medir o “entre-dois” do céu e da terra. Ora, a medida atribuída ao habitar do homem é, justamente, este “entre-dois” do céu e da terra que Heidegger designa também como “dimensão” ou “medida diametral”.

No limite, só a poesia pode constituir-se como medida estruturadora (“*mesure aménageante*”) da Dimensão a que o ser humano se acolhe e conferir a este habitar humano a sua estrutura fundamental e a sua durabilidade. E sendo poeta aquele que mede, a poesia é a própria medida, não no sentido de uma qualquer representação métrica, mas no sentido em que “na poesia se manifesta aquilo que é a própria medida no fundo do seu ser” (10).

O acto fundamental da poesia consiste precisamente na *tomada da medida*, em que o homem recebe a medida que convém a toda a extensão do seu ser e, nela, a consciência da presença da morte na sua vida. De facto, diz o A., só o homem morre e fá-lo continuamente ao longo da sua permanência na terra. A medida que o homem recebe é a própria divindade que só é medida enquanto permanece desconhecida. Daqui o evidente paradoxo do imperativo

que determina que a divindade desconhecida deva dar-se a conhecer e comunicar, para se constituir como medida, mas, simultaneamente, lhe impõe que permaneça desconhecida.

É no céu, domínio de coisas que são familiares ao homem e estranhas a Deus, que o desconhecido se delega e entrega para aí ser guardado e permanecer, tal como é. Manter este compromisso entre um ser que necessita manifestar-se e, simultaneamente, manter-se na penumbra, é a tarefa primordial que a poesia leva a cabo através de imagens. O dizer poético ao fazer uso de imagens, diz Heidegger, “reune e une num só verbo a clareza e os écos dos fenómenos celestes, a obscuridade e o silêncio do estrangeiro” (11).

Aliás, é da natureza mesma da obscuridade não poder nunca ser treva, na medida em que permanece contígua à luz de que é projecção. E desse modo, faz parte da essência da própria “imagem” fazer ver algo que está oculto, invisível, forçando-nos a imaginá-lo. E se o céu, ou a divindade, são a medida, a poesia é a tomada dessa medida ou o próprio acto de medir que atinge, de facto, a Dimensão do habitar humano. Daí o sentido de se dizer que a poesia é uma tomada de medida em vista da arquitectónica do habitar do homem. Heidegger identifica a poesia como o verdadeiro “fazer habitar original”.

O “*poiéta*” grego da cidade democrática que, com todo o seu desvelo, se empenha na produção de utilidades particulares, curando de organizar tão somente a sua subsistência sobre a terra e sob o céu, não habita ainda verdadeiramente (12). A nossa questão reside em perceber se a “tomada de medida” ou o “viver poeticamente”, na medida em que se identifica com o verdadeiro habitar do homem, será ou não equiparável ao que acima identificámos como uma “utilidade indivisível” que se realiza na esfera cosmo-política. Dúvida não resta quanto à radical inconciliabilidade entre um tal viver “como poeta” e o ser *poiéta* no sentido grego primevo do termo, uma vez que este termo designa o produtor individual de uma utilidade particular, intrinsecamente geradora de disparidades *poiéticas*, onde só pela mediação de uma unidade de medida “valor-troca” tornam tais utilidades particulares compartilháveis e permutáveis. Como no ponto seguinte se verá, só no seio de uma comunidade política se manifesta o *ison* que gera uma comunidade de

cidadãos homólogos, capazes de produzirem, enquanto comunidade política, uma utilidade indivisível que se expressa na realização da justiça.

De alguma forma a sobredita “tomada de medida” para a arquitectónica do habitar do homem, por ser a única que dá a ver um sentido de conjunto da realização do homem, aproxima-se da construção política da justiça na *polis*. Uma e outra têm como pressupostas utilidades particulares, sendo o “sobre esta terra” em Heidegger correlato da produção de utilidades poéticas particulares entre os gregos. Por outro lado, a “tomada de medida” (poeticamente) e a tomada de consciência do político como dimensão essencial de realização humana, dão a ver um sentido de conjunto, arquitectónico do habitar do homem e da sua plena realização. Mas, não obstante a similitude referida, em Heidegger tudo se passa na relação solitária de disponibilidade do homem para tomar sobre si a medida que lhe é manifestada pelo céu, não obstante esta medida diametral o situar entre a terra e o céu.

O cidadão grego, pelo seu lado, realiza, para falar em termos heideggerianos, a *dimensão* do seu próprio habitar na comunidade, onde os “pés na terra” estão firmes sobre as utilidades de cada *poiësis* particular e o céu com que se mede é a realização da justiça como empresa comunitária - a *praxis soberana*.

Heidegger revela já a sua consciência da dissemelhança entre o construir grego do habitar do homem na polis e o seu próprio, quando evoca a carta do poeta Hölderlin ao seu amigo Leo von Seckendorf, de 12 de Março de 1804, que diz: “A fábula, visão poética da história e arquitectónica do céu, é neste momento a minha principal ocupação, sobretudo a nacional (germânica), tanto quanto ela difere da grega” (13).

Diversidade de concepções à parte, somos colocados em presença de uma mesma inquirição sobre a realização daquela condição essencial do habitar do homem no mundo, “unitário e estável espaço e meio de coexistência”, cuja fruição só é possível pela mediação dos outros numa intersubjectividade instituinte do social. Situamo-nos desde já perante o limiar ou primeira de três “condições essencialmente constitutivas do direito”, a que se refere Castanheira Neves no seu estudo “o direito como alternativa humana” a que melhor haveremos de nos referir.

6. 2. - Fundamentos ontológicos do justo e do útil e da sua condição de atributo unitário do real.

Em estudo publicado em 1981, Jean-Louis Vullierme (14) dá-nos conta de como o “útil” e o “justo” são conceitos mutantes, variáveis e relativos, como o ilustra de forma preclara o historicismo moderno: dependendo, em uns casos, do *Volksgeist*, em outros, do clima ou ainda das relações de produção. Já numa perspectiva diacrónica, em cada época, já numa perspectiva sincrónica, em cada país, os homens vêem-se confrontados com a necessidade de urdir concepções próprias do “justo” e do “útil”, capazes de intervir, como adequados critérios de avaliação, na organização humana do seu mundo.

Daí resulta que a primeira dificuldade começa por ser a de encontrar um *em si* que possa ser considerado como “justo” e “útil” para todos os casos, se, como diz Vullierme uma coisa só pode ser aferida como *justa* e *útil* no contexto de uma concreta organização do mundo e de um certo critério de avaliação (15). Em todo o caso surge, neste quadro de preocupações, a sua tese de que “l’organisation humaine du monde (...) ainsi que les critères d’évaluation, sont le résultat d’une *poésie*; et que la compréhension de cette “poésie” nous permet d’aborder solidement la seconde question à laquelle nous sommes confrontés: celle de l’articulation du juste et de l’utile entre eux” (16).

O estudo do lugar e função da *poösis* é-nos essencial para a compreendermos as relações entre o “justo” e o “útil” (relações de tal modo finas que permitiram a Pierre Araud (17) identificá-los, do ponto de vista funcional, como “atributo unitário do real”. Ajudar-nos-à, seguramente, a compreender também a intencionalidade que levou o utilitarismo moderno a incorporar a “poesia” na utilitária lógica sistémica da produção: primeiro, integrando a *poösis* (na acepção de actividade produtiva de utilidades) como dimensão constitutiva por excelência da lógica da produção e da disciplina da Idade Moderna; logo após, no modo como leva a seu termo a lógica da sedução-consumo, de feição hedonista, que parece seguir-se-lhe, fazendo

incorporar uma acepção mais restrita e subtil de poesia (a poesia consagrada pela mitologia romântica) como se fora um “suplemento de alma”, na feliz expressão criada por Henri Bergson em *Les deux sources de la morale et de la religion* e aqui retomada por Vullierme, suplemento necessário à equilibração dos produtores e do próprio sistema económico-político na sua adaptação a novas configurações e necessidades.

Daí reconhecermos a pertinência de recuperar o sentido originário do termo, de um tempo em que o seu uso excedia largamente, em âmbito e densidade de sentido, o domínio que a mitologia romântica circunscreveu à literatura com contornos de uma “determinação singular e restritiva de poesia”, isto é, de um género particular de expressão literária. À mitologia romântica moderna se deve, de facto, a vinculação da *poiésis* a este específico e restrito sentido que para os gregos, da cidade democrática, não era sequer o de maior prestígio. O direito, enquanto humana realização, tem parte inequívoca com as duas distintas acepções que se acolhem no termo *poiésis* : já como actividade produtora e inventora de soluções jurídicas para cada caso; já como modo ritualizado de memorização das normas jurídicas.

Isto se diga contra todas as evidências que mostram que no passado como na actualidade, a poesia (forma de expressão literária) e o direito (específica ordem de validade), sempre se deram uma considerável distância. Sternberg, faz-nos notar, no entanto, que em épocas primitivas a visibilidade do direito está em muito associada a alguma plasticidade, já manifesta na forma ritual ou cénica do funcionamento dos tribunais, sob inspiração dos ritos religiosos, já na utilização de fórmulas poéticas para exprimir normas e máximas jurídicas. Isto se passa não obstante a poesia literária ser tradicionalmente tida, a partir da constituição da cidade democrática grega, como modo edulcorante do dizer ou veículo do imaginário, em particular a partir do momento em que se rompe com a tradição de uma verdade revelada poeticamente expressa pelos “mestres da verdade”.

À revelia do que parece ser a índole e vocação privilegiada do modo poético de expressão, Sternberg dá-nos conta de que a inesperada investidura poética do discurso jurídico se terá dado, antes de mais pelo factor “solenidade” : “el factor solemnidad [diz-nos ele] reviste de formas poéticas, en los pueblos jóvenes, al acto a al discurso jurídicos. Las reuniones litúrgicas y

judiciales [acrescenta o nosso autor] fueron una misma cosa en un principio; ya entonces, por medio de lo religioso se incorporó lo poético al Derecho”(18).

Através de “cânones”, “adágios” e “máximas”, expressos em brocardos latinos, a poesia faz uma sedutora incursão no género judiciário que, sob alguns dos seus aspectos, se mantém hoje ainda, revelando a sua eficácia performativa e as suas virtualidades para enunciar conteúdos de natureza abstracta e de sentido menos preciso e lhe conferem, sob este aspecto, vantagem sobre a prosa de “expressão exacta”. Importa aliás reconhecer a singular disponibilidade da linguagem poética para intervir nos processos de memorização e aprendizagem, já pela musicalidade dos seus específicos modos de expressão, já pelo uso recorrente que faz de analogias e metáforas criativas ou, mais frequentemente, de simples expressões de natureza metafórica, cujo uso se ilustrou entre nós em 2.4.2.

Para além da eficácia das “figuras” no seu uso argumentativo, já reconhecida por Perelman e Tyteca, parece-nos sustentável dizer que muita da eficácia persuasiva que se reconhece às formas poéticas de expressão se deve à sua incitante capacidade de operar com “imagens” (aqui em sentido linguístico) e ao facto de, nesse labor, convocar privilegiadamente a kantiana *faculdade da Imaginação* e, nesta, a capacidade de tornar presente o que está ausente, como no-lo ensina Kant na *Crítica da Faculdade do Juízo*.

Indesmentível é a ancestral ligação da poesia ao direito, reveladora da sobredita eficácia, assim postulada por Sternberg: “al igual que nosotros muchas normas morales, aprendieron también nuestros antepasados las normas del Derecho en forma de adagios poéticos”. E o mesmo autor, na ilustração de quanto a poesia terá sido tão comum, prestigiada e eficaz, na tarefa de exprimir regras morais e prescrições jurídicas, dá-nos conta do constrangimento que terá manifestado Eike de Repgow, quando se decidiu escrever em prosa e em língua alemã, a sua obra *Sachsenspiegel* que viria ser o primeiro tratado alemão de Direito (19).

De algum modo esta afeição por uma estética da linguagem, experimentada pelo direito incipiente, através do uso recorrente a fórmulas poéticas, revêmo-la na esmerada procura de elaboração estética empreendida por romanos e modernos na vincada preocupação que manifestam em conferir

ao direito a estrutura arquitectónica de sistema harmonioso, servido, sempre que possível, por construções verbais lapidares.

A oratória ciceroniana serve-nos aqui de ilustração duplamente eloquente: ela é concretização de um discurso que articula magistralmente a capacidade de tornar manifesta, na harmonia e na ordem, a estética constitutiva do direito da sua época, enquanto expressão de uma razão, de um método e de uma prática “incindíveis na sua unidade”, como ensina Castanheira Neves, e, por outro lado, faz tudo isso com a eloquência de um discurso que tange com mestria a emocionalidade. Contra o uso excessivo desta arte e suas perigosas potencialidades ao serviço da comoção psicagógica, tenha-se presente o bom aviso de Aristóteles, para quem só as provas, os argumentos veiculados pelo discurso, devam ser consideradas técnicas.

Sternberg considera que o direito romano e o moderno se deixam exprimir por uma configuração estética comum, porque filiada em princípios de sistematização e hierarquização que fazem privilegiar a ideia de uma totalidade harmoniosa. A similitude não será a mesma, certamente, no plano da eloquência e do uso da tópica jurídica, menos conformes com a formalidade de modelo lógico-formal que vence no direito moderno.

Neste sentido, o que mais profundamente distingue o direito romano e o direito positivista moderno tem raízes, como sabemos, numa racionalidade jurídica distinta em todos os sentidos e em particular na sua modalidade metódica onde ao *logos descritivo* do direito romano se contrapõe claramente o *logos prescritivo* que caracteriza o positivismo jurídico da modernidade. Na sua diferente modalidade metódica, um favorece a eloquência, outro a estrita subsunção.

Em todo o caso, a perspectiva holista de sistema harmonioso e coerente e a preclara eloquência oratória, não são base consistente da nossa inquirição prospectiva dos fundamentos que procuramos, no tempo presente, para uma estética do direito, no quadro da “actual situação problemática da realização do direito” de que fala Castanheira Neves. Os fundamentos para uma nova combinatória entre a *poiésis* o *justo* e o *útil*, que torne confortável e habitável a terra, que não se quer “asilo de lunáticos”, só nos parece possível no quadro de um direito capaz de romper com as formas de racionalidade e de

intencionalidade metódica em que o direito se deixou manietar na Modernidade.

A partir daí, importa empreender a reconstrução crítico-reflexiva do direito que metodologicamente tentaremos encetar a partir da compreensão das antigas e presentes condições de ser sujeito-de-direito, pela via que nos parece particularmente fecunda da crítica do juízo e do paradigma kantiano do *juízo reflexionante estético* da *Crítica da Faculdade do Juízo*. Ele nos permitiria aceder a uma estética elaborada por dentro.

Compartilhamos, por isso e em absoluto, a denegação lapidar de uma certa estética do direito, nestes termos feita pelo professor Castanheira Neves: “ (...) o postulado da “coerência racional” e da “normalidade” não deve ser exagerado, porquanto a sistematicidade tende a apagar e é indiferente às diferenciações materiais, nas quais verdadeiramente se favorece a justeza contra a lógica, se sacrifica a estética construtivo-intelectual às indeclináveis exigências da *praxis* real - parafraseando Heck, [sublinha o nosso autor] deverá dizer-se que ao jurídico não compete servir a pura racionalidade, mas a vida” (20).

A “vida” aqui, se bem compreendemos Castanheira Neves, não se reduz ao necessário *bios*, nem à bastante *vida intelectual activa* de que fala Arendt, nas “vida” que, no seu termo, realizando-se na sociedade “com os outros e através dos outros” também se não confina ao *zoon politikón* de Aristóteles. Antes nos reconduz, sem que explicitamente o autor o diga, a um conceito correlato do ser-pessoa ou de assumida liberdade convivente e de responsabilidade, enquanto sujeito de dignidade e de culpa, que só pode obter “pelo reconhecimento recíproco da sua autónoma eticidade” (21).

6. 2. 1. - Sentido grego de *poiésis* e suas articulações com o “justo” e o “útil”.

O mito de Prometeu representa, por excelência, a recitação do grande mito da repartição, conceito que, como vimos, integra o conceito helénico da justiça na cidade democrática e se exprime pelo brocardo latino *cuique suum*

tribuere, isto é, por um conceito de justiça que se realiza numa sociedade entendida como empresa de distribuição.

A narrativa conta-nos que a Epimeteu e seu irmão Prometeu fora dada por Zeus a incumbência de repartir, convenientemente, todas as qualidades disponíveis pelos seres da criação. Epimeteu, de modo imprevidente, terá começado por distribuir generosa e atomisticamente, sem a consideração de qualquer *ratio* que comportasse a ponderação entre os bens existentes e o número de destinatários, o número finito de qualidades, cuidando de saciar de forma bastante a generalidade dos seres da criação que ia contemplando. Tendo chegado, porém, ao termo da distribuição Epimeteu constatou já não ter qualquer das sobreditas qualidades para atribuir ao Homem, verificando nesse momento a injustiça e imprevidência do seu acto.

Conta-se, então, que Prometeu, seu irmão, tendo-se apercebido da manifesta injustiça e determinado que estava em repará-la, decide roubar o fogo do céu, conservado no atelier de Atena e Hefaístos, cuja apropriação lhe permitiu conferir aos homens o princípio de todas as *technai* e de todas as *poiéseis*. No entanto, a generosa dádiva de tal princípio ao homem encerra ainda, em si mesma, uma importante limitação, na medida em que faz parte ainda da essência daquele princípio separar em vez de unir.

De facto, sendo o domínio da arte política um atributo exclusivo de Zeus, a ele apenas compete delegar a capacidade de a exercer, conferindo aos homens a capacidade de tomar pacíficas as relações entre grupos humanos e realizar a unidade política.

A narrativa do mito de Prometeu dá-nos conta de que só mais tarde Zeus, porventura condoído pela conflitualidade e sofrimento que radicavam na estrutural separação operada pelas diferentes *poiéseis*, decide delegar em Hermes, deus da Comunicação a capacidade para conferir aos homens o sentimento político (a *philia*) capaz de produzir afecções conducentes à procura da unidade. Como no-lo faz notar Vullierme, o mito bíblico diz a mesma coisa pela via inversa: porque os homens ousaram comer do fruto da árvore da sabedoria, isto é ousaram aceder “ao saber político da justa-repartição”, foram, na pessoa de Adão, condenados a ser “poetas” para sempre (22).

O sentimento político surge, assim, no entardecer de maturação da experiência humana e comporta uma díade de sentimentos complementares: o *aidos*, ou sentimento de honra pessoal, e a *diké* (justiça) que Parménides no seu “poema” convoca com a premência de uma “necessidade” constitutiva da organização íntima do ser.

Na titularidade deste sentimento político todos os indivíduos se tornam potencialmente *omoïoi*, isto é, iguais no que concerne ao livre e público uso da sua razão, requerido quer para fazer valer as razões de uma utilidade associada à realização dos interesses pessoais, quer, sobrelevando esse fim utilitário e pessoal, para fazer-se ouvir em matéria de intervenção na discussão relativa às questões de ordem pública, contribuindo para a realização de uma utilidade comum a todos os cidadãos.

A narrativa faz-nos ainda compreender a natureza daquilo que, intrinsecamente, constitui a génese de toda a infelicidade das sociedades primitivas, uma vez que, apesar de laboriosas e produtoras de “utilidades”, viveram em estado de natureza por todo o tempo em que foram incapazes de aceder a um *nomos*, potenciador da realização da justiça que é, por excelência, condição de utilidade autêntica.

Para os gregos, *poiésis* é, antes de mais, o nome ajustado para denotar as diferenciadas actividades produtivas de cada indivíduo, enquanto *homo faber* (na desinência latina), que artesãos e artistas exerciam através de uma aptidão peculiar para operar sobre os distintos elementos da natureza que simultaneamente respeitavam e transformavam em bens utilitários, capazes de satisfazer suas necessidades pessoais e comunitárias.

Assim, enquanto actividade produtiva de uma utilidade dirigida à realização de um fim que lhe é exterior, a *poiésis* realiza uma função que é, no sentido mais nobre que se queira, função de serviço à comunidade. E foi nesta acepção que a *poiésis* fez vencimento na construção e funcionamento da cidade democrática, através da cooptação dos contributos poiéticos específicos de cada *poiésis* particular, propiciando, desse modo, uma oferta diversificada de bens necessários para uma fruição colectiva. No funcionamento do colectivo da *polis* é produzida uma utilidade indivisível que se confunde com a realização da justiça e com o bem comum.

A partir de um estágio de equilíbrio operado pela satisfação das necessidades, do foro individual e comunitário, terá sido possível, na cidade democrática, o exercício das actividades teóricas que relevam da *praxis* e que, detendo embora em si mesmas o princípio da sua utilidade e o seu próprio fim, não enjeitam cooperar no campo da aplicação da Justiça.

Assim acontece, de facto, em Aristóteles onde a *praxis* intervém como dimensão teórica constitutiva da *techné rhetoriké* (enquanto busca reflexiva dos meios de persuasão) que, por sua vez, elege o discurso judiciário como seu género paradigmático; em Platão, pelo seu lado, intervém sobretudo como actividade auto-poietica de fundamentação do “justo” e do “útil em si”. Deste modo é perceptível que, entre os gregos, a *praxis* filosófica não se limitou a percorrer o caminho de uma dialéctica ascendente que se bastasse com a produção do prazer contemplativo do Soberano Bem, do Belo, do Bem ou do Justo, mas tomou como exigência, em uns casos primeira, em outros segunda, de intervir *poieticamente* na construção da cidade democrática e na produção da utilidade comum.

Assim sendo, a cidade democrática pôde contar com o exercício de uma *poiésis* global, uma acção *praxico-poiética* que assume um papel determinante na consolidação da cidade democrática como dimensão reflexiva fundadora da utilidade comum e indivisível - a justiça. De facto, tomado no sentido mais amplo e que decorre do que acima se disse, o termo grego *poiésis* denota toda a “actividade produtiva” que é simultaneamente actividade útil e justa e, nesse sentido, conforme com a produção de uma utilidade indivisível comum.

Convém sublinhar, que mesmo quando considerada no seu sentido mais restrito, enquanto *poiésis* que denota a “produção de poemas”, mesmo aí, lhe cumpre ainda imitar o que é excelente e não apenas limitar-se a dar expressão à fantasia, isto é, à imaginação produtora de agrado. Para ser digna do seu nome próprio, a “poesia dos poemas” deve então ser (re)produtora de *ousia* conforme à verdade.

O “poema” de Parménides é exemplo paradigmático do cumprimento desta exigência, na medida em que, como *mimesis*, reproduz a organização íntima do ser-que-é e que, simultaneamente, revela. Daí que, neste plano, a palavra do poeta “mestre de verdade” e a do sábio que lhe sucede se equivalham pela revelação que fazem da verdade acerca do ser.

O antímodo daquele “mestre de verdade” encontra-o Platão quer nos poemas homéricos (que *em vez de imitarem os deuses inventam deuses que imitam os homens* e justificam, por isso, ser por ele apodados como *poiésis de enganados*), quer na prática sofística que faz dos seus cultores mestres de um discurso de ignorantes que visa persuadir ignorantes.

Neste sentido, parece subsistir em Platão, a par da possibilidade de uma “boa retórica” (desde que subordinada à justiça, o mesmo é dizer à moral, bem como às condições de produção do conhecimento verdadeiro⁽²³⁾), a possibilidade homóloga de reabilitação da boa poesia dos poemas, desde que veiculadora da verdade, não obstante ser agora produzida no quadro de uma dialéctica ascendente que, no seu termo, se completa por um salto intuitivo que permite contemplar o Supremo Bem.

No entanto, e aí subsiste a mencionada analogia com os “mestres da verdade”, a verdade produzida no quadro da dialéctica ascendente e que é resultado de uma *praxis* que tem em si mesma o próprio fim, experimenta a antiga necessidade de percorrer a via de uma dialéctica descendente, caminho que não é radicalmente distinto daquele que foi seguido pelos antigos poetas “mestres de verdade”, anteriores à cidade democrática.

Independendo da legitimidade do conjunto precedente de razões, o surgimento de um novo quadro de necessidades trouxe com ele a destituição da *poiésis* literária da sua nobre função de produção e revelação de uma verdade vinda do alto. No espaço público democrático, a justiça e a verdade passam a ser objecto de construção dialógica, através do exercício do contraditório social. E, assim, ao caminho vertical e descendente percorrido pela antiga verdade, segue-se agora, na cidade democrática, um caminho horizontal e conflitual onde a verdade e a justiça são produzidas (24).

Partindo de uma multiplicidade de *poiéseis* e correspondentes utilidades, o *politès* acede, na *polis*, a uma possibilidade de todos interagirem com todos, fruindo, em plena reciprocidade, das utilidades múltiplas e distintas de cada *poiésis* particular. Acima de tudo, ele tem agora, na vida partilhada na comunidade politicamente constituída, acesso a uma utilidade suplementar indivisível que lhe corresponde enquanto *aner politikón*.

De facto, a actividade *poiética* que se afirma no momento instaurador de sentido, que é a narração do mito de Prometeu, estando embora orientada

para um fim utilitário que lhe é exterior, só com o “sentimento político” e com o *nomos* que o legitima, adquire a possibilidade de concretizar o desígnio de uma utilidade indivisível que é a utilidade em si mesma, resultado da realização da Justiça. Deste modo, a *poiésis* ultrapassa a sua condição de utilidade específica, a que se concretiza na resolução dos problemas de estrita subsistência, para cooperar numa utilidade indivisível correlata da realização da justiça.

O “justo” e “útil”, necessidades vitais para o bom funcionamento da cidade, justamente porque deixam de ser graciosamente disponibilizados ao homem como dádiva de revelação, encontram na discursividade técnica nascente (a *techné rhetoriké*) o meio adequado de os produzir, através dos discursos dos géneros *deliberativo* e *judiciário*. É hoje reconhecido, muito particularmente pela “Nova Retórica”, que o género *epidíctico* cumpre um desígnio político de primeira importância, na medida em que promove a identificação de cada indivíduo com os valores partilhados pela comunidade, reforça a adesão a esses valores, contribuindo decisivamente para a coesão social. Aristóteles não enxergara, no seu tempo, a relevância que ao género *epidíctico* hoje se reconhece, designadamente nos diversos domínios da praxis comum onde se requer o exercício da pedagogia dos valores.

A *techné rhetoriké* assume na “cidade democrática” a importante condição de dispositivo logo-técnico securizante das relações sociais, pelos conflitos que resolve na ágora e na “tribuna do pretório”, onde presta cooperação diligente em vista da realização de uma ideal de justiça de índole distributiva que a máxima latina *cuique suum tribuere* haveria de recobrir. Mas, enquanto partilha de discurso e de valores, a ela coube, acima de tudo, a preclara função de consolidar o sentimento político no quadro de uma activa participação nas tarefas comuns. Consolidado o sentimento político numa praxis comum, terá sido possível pensar a realização da justiça como utilidade comum indivisível.

Aos filósofos, herdeiros da palavra mântica dos “mestres de verdade”, coube a tarefa e o mérito de complementar a procura horizontal da justiça e da verdade, característica do primeiro estágio da sociedade democrática, com a procura reflexiva e teórica dos fundamentos da justiça e do direito, fazendo

emergir a *praxis* jurídica como dimensão constitutiva do direito que, assim se assume como actividade *praxístico-poética*.

Denegado o caminho vertical descendente, antes percorrido pela verdade revelada pelos “mestres de verdade”, o direito reivindica, na exigência enunciada pelos filósofos da cidade democrática, que o caminho rectorial e dialógico de produção atomística da justiça em cada caso, não enjeite o caminho vertical, tributário de uma dialéctica ascendente. Supor um tal caminho implica reconhecer que a verdade, a justiça e o direito não são meras ficções epifenomenais e arbitrárias, resultado da produção inventiva de uma utilidade atomística pontualmente prosseguida, mas são, antes de mais, algo que existe para quem denodadamente as procura como verdadeiramente existentes.

Fundamental é perceber-se que os gregos nos legaram a consciência desta necessidade estruturante que preside à procura do justo em todos os tempos e lugares: o “justo” não pode gerar-se por mera convenção, *ex nihilo*, e contrariamente à natureza humana sobre a qual opera e à qual se destina. Deve, como actividade *poética* que é, respeitar a natureza sobre que se exerce, afinal tal como o marceneiro deve respeitar a natureza da madeira para que esta docilmente se lhe submeta.

Cumprir às instâncias de reflexão e produção doutrinárias a tarefa de conferir ao direito a dimensão *auto-poética* de que ele necessita como exigência de refundação e readaptação a uma sociedade em permanente devir. A exigência de uma tal procura, exprime, seguramente, a primeira marca do reconhecimento da necessidade de uma reflexão *auto-poética* no quadro do pensamento jurídico, na busca recorrente dos seus próprios fundamentos e legitimidade e que, sob diversos matizes, mas de uma forma constante, se manifesta em toda a história do direito ocidental.

Como actividade produtiva, a *poiesis* tem originariamente, como vimos, o sentido de algo simultaneamente mais universal e primeiro que a poesia dos poemas. De facto, como no-lo faz notar Vullierme, a *poiesis* nem sempre foi, para os antigos gregos, termo correlato de *logos* e, menos ainda, celebrado como forma de discurso. Aliás, o mesmo autor faz-nos notar que já Aristóteles na sua obra *Peri poietikès* se havia apercebido de que a poesia enquanto literatura, apenas é poesia por analogia (que não por homonímia) com as

diferentes espécies de *poiéseis*, designadamente as não imitativas, como o são a *poiésis* dos construtores de templos ou a dos construtores de navios a cujo género, não obstante, ela pertence.

No entanto, convém não esquecer que, na Grécia arcaica, anterior à cidade democrática a *poiésis* foi produção de discurso poético que, pela boca dos “mestres de verdade”, como Parménides, produziu a organização íntima do ser, encenando e representando a verdade revelada vinda do alto. Com a democracia a verdade deixou de ser objecto de revelação, obtida por inspiração poética e ou revelação divina. Tomou-se objecto de produção no quadro de uma relação conflitual e horizontal, urdida no espaço mediado pelo contraditório social, inerente e necessário ao funcionamento democrático da sociedade de *omoioi*, titulares de razão e do direito de a exprimirem livre e publicamente, nos termos da bem fundamentada tese de Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*.

Importa reter, no entanto, que na passagem do modelo mais arcaico de produção e revelação da verdade, veiculada por uma espécie de *poiésis* que era simultaneamente razão e discurso poético, para o modelo de uma verdade comprometida com uma racionalidade argumentativa comum, algo terá transitado da experiência acumulada na arte poética, e do que esta conhece de sedução, de enleio e de manipulação da emocionalidade humana, para o modo como a discursividade técnica, por mais 20 séculos do seu longo império, abordará o problema da persuasão, mesmo quando seriamente assuma com Aristóteles o estatuto epistemológico de uma *techné*.

A *métis*, ou inteligência da astúcia, terá levado os gregos a perceber, e com muita acuidade, que no espaço público democrático de nada servia a técnica de tentar falar mais alto que os outros; que a sobredita capacidade de sedução e o tanger eficazmente a emocionalidade do auditório era possível, mas apenas pela via da utilização das provas técnicas, sem o exagero das manipulações de comoção psicagógica. A *techné rhetoriké* torna-se, então, um saber-poder logo-técnico de valor certo, capaz de tanger equilibradamente a emocionalidade e a razão (isto é, persuadir e convencer), através de uma boa escolha das premissas, da adequada estruturação do discurso e da escolha e uso dos bons argumentos, enjeitando por inteiro qualquer uso das provas atécnicas de que fala Aristóteles.

Definitivamente, os gregos da cidade democrática estabelecem no fundamento de uma decisão pelas provas, um princípio nuclear que há-de permitir o progresso, a emancipação do pensamento, a procura da verdade livre do constrangimento do argumento de autoridade e a própria emancipação do direito da placenta originária que o ligava à moral e à religião (25).

Um outro subsídio nos é dado, para a compreensão da natureza e função da *poiésis*, através da análise da sua subtil e singular relação com o “belo”. Para os gregos, uma *poiésis* particular só por acidente mantém alguma relação de participação e intimidade com o “belo”, mesmo em se tratando da poesia literária. Para eles, como sabemos, o “belo”, mantém uma relação íntima e privilegiada com a *praxis* da ciência e da moral, de tal modo que delas se constitui como razão de ser última, como o seu *telos*. O “belo”, para Platão como para Aristóteles, representa “a qualidade íntima de uma certa *organização ontológica*”, para usar a expressão de Vullierme, “ideal” para o primeiro, “sã” e “incorruptível”, na designação mais do agrado do filósofo de Estagira.

E se faz algum sentido o inusitado acto de Platão de expulsar os poetas da sua República, poderá bem ser o de mostrar, com toda a clareza, duas coisas: a primeira, que para os gregos e em particular para Platão, o que constitui valor seguro e a preservar não é, natural e seguramente, a *poiésis*, qualquer que ela seja, uma vez que é identificada como mera actividade instrumental que é meio para um fim, ao invés da *praxis* que é em si mesma fim; a segunda perspectiva, revela-nos, pelo seu lado, que entre as diversas *poiéseis*, a que denota a produção de poemas é, de todas elas, a espécie mais degenerada, porque, na perspectiva dos gregos, nada ensina acerca do que é e, acima de tudo, porque ao dar larga expressão à fantasia não exprime o respeito que é devido à natureza cuja imitação fiel lhe compete.

Após termos procurado repor a densidade de sentido que o termo *poiésis* comporta, e depois de, para além de Heidegger, havermos tentado reintroduzir a “poesia do poetas” na cidade democrática, importa que retomemos de Platão, e em particular do seu diálogo de juventude “Protágoras”, o questionamento que ali se faz sobre a natureza e função do “útil” e sua relação com o “justo”.

Não obstante John Stuart Mill considerar este diálogo de Platão como fundador do utilitarismo, não o será certamente no sentido em que o haverá de tomar o utilitarismo moderno, seja na perspectiva de Stuart Mill ou na de Jeremy Bentham a que daremos particular atenção. Pensamos que o “Protágoras” de Platão é, antes de tudo, um diálogo instaurador do questionamento sobre o útil e sobre as condições de possibilidade da sua articulação com a justiça.

De facto o diálogo em presença levanta a pertinente questão de saber se, de algum modo, poderia o “útil” constituir-se como critério de actualização do “justo”, esconjurando a dificuldade que remonta ao facto de o conceito de justiça aparecer quase sempre envolto num manto diáfano que torna imprecisos os seus contornos ou, em outros casos, aparece reduzida à condição de mero conceito formal. De alguma forma, como nos elucida Vullierme, a justiça teria o ensejo de se tornar acto pela ancoragem ao princípio de utilidade.

Mas, na concretização desse projecto, releva uma questão que, para a economia deste nosso trabalho, ganha foral de capital importância: qual será o critério que nos permitirá distinguir a utilidade do que é justo da utilidade do que o não é, por ser meramente interesseira e nada ter que ver com a justiça? Onde, por fim, poderemos encontrar nós o útil em si, a partir do qual seja possível encontrar a justiça se fora o seu prolongamento natural?

Para Platão, a sofística não é, seguramente, o caminho de realização séria deste desígnio. A sofística identificara, sem qualquer reservas, o “bem comum” ou o que “útil para todos” com o “ser rico e poderoso”, dando expressão a uma forma de utilidade interesseira e individualista, ou, para falarmos em termos que nos são mais próximos, narcísica.

Inevitavelmente, a *métis* (a inteligência da astúcia) de Sócrates conduz, inevitavelmente, Protágoras por um caminho em cujo termo o conceito de utilidade de que partira se submete a uma exigência que Protágoras não tivera sequer em consideração na fundamentação originária do seu conceito de utilidade: a racionalidade argumentativa em que deu assentimento obriga-o agora, por um princípio de coerência, a aceitar a virtude como “meio ético” de governar conforme o bem, subvertendo uma concepção de virtude que era “meio técnico” para aceder utilmente ao poder.

Deste modo, a *métis* socrática reconduz o questionamento sobre a natureza essencial do “útil” do plano da ambição individual para o da utilidade colectiva ou da justiça política que para o filósofo é a virtude por excelência. Em face do que se disse, a legitimidade da utilidade individual que estava fechada sobre si mesma é deslocada para a legitimidade de uma justiça entendida como utilidade partilhada e, nesse sentido, apta para justificar tanto a utilidade da comunidade (que se exprime na gestão harmoniosa dos interesses públicos) como as múltiplas utilidades cuja consistência advém exclusivamente, como aliás no-lo demonstrou atrás Hannah Arendt, da fruição do direito de cidadania enquanto direito a ter direitos.

No entanto, convém ter presente o que se disse no IV capítulo sobre o surgimento tardio da noção de direitos subjectivos que designa direitos inerentes à condição de se ser pessoa. A sua ausência era no direito antigo suprida, apenas relativamente, diga-se, na medida em que determinava, nas transações humanas de bens e serviços, a obrigação simétrica de satisfazer as condições retributivas acordadas.

Sócrates coloca o assento tónico em duas distintas espécies de utilidades: umas estão associadas às produções particulares e sobre elas só os especialistas estão aptos para proferir um julgamento idóneo; outras porém, têm que ver com a discussão dos assuntos públicos e, sobre elas, todo o cidadão está em paridade de direitos, apto a formular um juízo competente, uma vez que o “sentimento político” ou a “*philia*” foi a única qualidade conferida ao homem igualitariamente partilhada por Hermes sob delegação de Zeus.

Como no-lo ensina Aristóteles, no Livro II da Física, tudo aquilo que é produzido por uma *poiēsis*, na medida em que não tem em si mesmo o seu próprio princípio (e nisso Platão e Aristóteles estão de acordo), só o seu produtor, o *poiēta*, está apto a fornecer acerca dele o princípio explicativo que lhe respeita.

Sócrates, tal como o fará igualmente Aristóteles, rejeita a tese utilitarista protagoriana do “homem-medida”, sustentado inversamente, tal como fará Aristóteles, ser “justa” toda a sociedade onde a disparidade entre os indivíduos radique na disparidade de competências que decorre das diferentes “*poiēseis*”. Ao invés, considera ser “injusto” que a disparidade *poiética* se estenda também aos assuntos públicos, onde todos os cidadãos, apesar de diferentes nas suas

poiéseis, são idênticos, isto é *omoïoi*, no que respeita ao exercício da soberania comunitária (26).

Platão, a *contrario* do que aqui defende em discurso socrático, protagonizará mais tarde, um particular e específico entalhamento político deste mesmo utilitarismo protagoriano, promovendo no conhecido modelo de gestão tecnocrática e centralista, o utilitarismo por ele mesmo aqui denunciado.

Por todo o tempo em que perdurou a cidade democrática, e não obstante Platão, à *koinonia* competiu sempre decidir acerca daquilo que melhor lhe convinha ou do que lhe era útil: em uns casos, “en faisant appel aux disparités technologiques des citoyens lorsque l'utilité se résoud en “*outilité*” *poiétique*”, em outros porém “en faisant appel à l'homologie métapoïétique des citoyens l'orsque l'utilité n'est plus particulière, lorsqu'elle est intégrale; l'orsqu'elle est subordonnée, non plus à une *poiésis*, mais à ce qui s'oppose à la *poiésis*, a savoir, la *praxis*” (27).

Importa ter presente, porém, que esta oposição entre *praxis* e a *poiésis*, que radica no tipo de utilidade (num caso “particular” e no outro “integral”) que respectivamente prestam à comunidade, inexistente sempre que falamos de acção em sentido amplo e por oposição ao termo *pathesis* (paixão). Neste caso o termo *poiésis* perde a particular acepção de “utensílio” para denotar toda a “acção” em geral e recobrir o próprio conceito de “*praxis*”.

Tomados neste sentido largo que os liga à acção, *praxis* e *poiésis* denotam duas espécies diferentes de acção ou “*poiésis*”: a primeira, a *praxis*, caracteriza uma modalidade de acção que não produz nada de exterior a si, nem mesmo a sua utilidade, e encontra ilustração ajustada no acto contemplativo; a segunda, ou *poiésis* em sentido estrito, caracteriza uma modalidade de acção que produz uma coisa que lhe é exterior em função da qual ela pode ser considerada uma actividade útil, como acontece com toda a actividade artesanal e artística.

Em boa verdade a excelência da *poiésis* radica na sua condição de actividade humana necessariamente útil, espécie de privilégio que o homem partilha com os deuses, mas, no limite ela só é efectivamente útil, na bem fundamentada opinião de Vullierme, em vista uma *praxis*, isto é, de algo que tem em si mesmo a sua utilidade. Pela mesma ordem de razões, se é um

facto que é pela é a *poiésis* que o cidadão se torna útil à cidade, não é a ela que ele deve a sua cidadania, uma vez que só a *praxis* pode conferir ao poiéta, demiurgo da cidade democrática, a sua verdadeira condição de cidadão livre.

Desde este ponto de vista, o conhecimento científico, embora não sendo em si mesmo uma utilidade produtiva, só ele possibilita a realização do verdadeiro prazer e felicidade que se exprimem no horizonte teleológico do “viver bem”, que significa viver em conformidade com a virtude, seja no plano individual, seja no da vida em comunidade.

A “virtude perfeita”, como diz Aristóteles na *Ética a Nicómaco*, é aquela virtude que se revela tanto na relação que se estabelece com outrem como na relação consigo mesmo. No entanto, para o nosso autor, só a virtude que se manifesta na relação com o outro merece ser designada pelo nome de Justiça. Por vezes invoca-se a “lei” (*nomos*) como sinónimo de justiça. Mas tal deve-se exclusivamente ao facto de a primeira ter como objectivo conduzir à virtude e a segunda designar a concretização mesma da própria virtude. Essa circunstância é só essa as une e as distingue.

A justiça é por excelência a *praxis* a que estão subordinadas as demais actividades *poiéticas* da cidade. Mas, como veremos, também ela não dispensa o contributo de uma actividade *poiética*. Como no-lo ensina Aristóteles, só a justiça é um “útil absoluto”. Em relação a ela todas as demais *poiéseis* e correspondentes utilidades são apenas meras condições necessárias, que as credita como utensílios mediadores de uma utilidade que lhes é exterior, mas em nenhum caso suficientes para a realização da justiça ou do útil absoluto.

No diálogo “Protágoras”, Sócrates sustenta que todas as utilidades *poiéticas* devem estar subordinadas a uma utilidade final indivisível, que ele designa como o Belo e o Bem, em relação à qual as demais utilidades particulares valem na medida em que dela participam. Não é este, obviamente, o entendimento de Protágoras acerca da natureza mesma de “utilidade”, uma vez que para ele, que protagoniza uma forma de utilitarismo *strito sensu*, cada uma das utilidades *poiéticas* parciais vale por si mesma, sem que a sua utilidade deva subordinar-se à realização de uma qualquer fim “integral” e “global” que lhe confira um sentido suplementar.

Afinal, argumentam os utilitaristas, a quem haveríamos nós de conferir, no quadro da gestão das utilidades colectivas, o direito de estabelecer a “utilidade global”, se é certo que o Estado mais não faz do que estabelecer utilidades que, sendo utilidades do Estado, dificilmente se conformam à realização do “Soberano Bem” ?

É curioso notar que utilitaristas e não-utilitaristas, para referirmos apenas Protágoras e Bentham, Sócrates e Aristóteles, estão de acordo quanto à subordinação de todo o princípio de utilidade ao horizonte teleológico de um “Soberano Bem” que, no limite, expressa a realização da “Felicidade” humana.

Porém, esta isonomia conceptual comporta pressupostos muito diversos quanto à natureza dos fins e ao modo como a eles aceder. Da multiplicidade de tais entendimentos releva, pela perenidade com que se firmou, o do utilitarismo de inspiração protagoriana que proclama “o homem como medida de todas as coisas”. Esta proclamação confere ao princípio de utilidade e ao conceito de justiça um cunho radicalmente novo que marca de facto, nos seus aspectos essenciais, os ideais do liberalismo consagrados na modernidade e faz vencimento no projecto benthamiano de justiça (28).

Na sua essência o utilitarismo proclama como absoluta uma utilidade que é fruto de uma *poiésis* particular, sob o argumento de que a partir da utilidade parcial, e por uma multiplicação *ad infinitum*, é possível produzir idealmente um Soberano Bem que é soma de todas as utilidades poéticas singulares. Sob este aspecto se identificam o utilitarismo e o liberalismo na crença comum de que a livre produção, em concorrência dirão em particular os segundos, de bens locais haverá de realizar no seu termo, e num quadro de normalidade, a harmonização de todas as disparidades poéticas, tomando possível e efectiva a concretização da justiça na sociedade.

Aristóteles, começa por parecer ceder, ele também, ao projecto delineado pelo utilitarismo protagoriano, na medida em que considera que a avaliação da utilidade (*chréia*) de um bem pode ser feita localmente pelo destinatário que a aprecia. Mas logo de seguida, como que arrepiando caminho, faz depender a valoração da “utilidade local” da exigência de uma avaliação global acerca da utilidade das coisas poéticas e seus modos de avaliação. Sob estes pressupostos, a dificuldade é transferida para outro nível de resolução onde, a partir de agora, se torna pertinente saber qual o critério

que permite definir o nível de globalidade a considerar na avaliação de cada caso.

É por demais conhecida a dificuldade que se experimenta sempre que se discute a utilidade das normas. Quase invariavelmente se experimenta a necessidade de promover a dissociação entre uma utilidade das normas, em si mesmas consideradas, e uma utilidade adveniente da sua concreta aplicação a um caso particular. Perante esta ordem de questões, Aristóteles sustenta que o que é pertinente e constitui de facto o “útil em si” é que os magistrados sejam equitativos e se esforcem por fazer conformar a lei ao Soberano Bem, enquanto realidade concreta de referência no quadro da sua aplicação.

Quando falamos de “Soberano Bem” no quadro do pensamento de Aristóteles e Platão, não é nunca para designar uma mera abstracção ou uma entidade escatológica, porque ali ele é essencialmente uma *praxis*, melhor dizendo a “*praxis suprema*”, de que se pode fruir efectivamente aqui e agora como algo realmente existente. Ora, é justamente porque é possível aceder ao “Supremo Bem” e conhece-lo que nos é permitido medir o valor dos utensílios (isto é, das *poiéseis* singulares) com as quais o fazemos nascer.

E, como no-lo ensina Vullierme, é apenas porque o “Soberano Bem” existe, *hic et nunc*, enquanto *praxis suprema*, que estamos em condições de tomar a acção, a *poiésis*, num sentido genérico que designa também a *praxis*, como se fora um “forceps” que faz dar à luz a *poiésis* e a defende como se fora uma muralha (29).

Parece evidente que, no limite, a *praxis suprema* orienta a acção poética humana na procura da realização de uma utilidade indivisível e global que, em comunidade, se exprime pelo nome de Justiça. De algum modo, como se fora entidade reguladora, a *praxis* não consente o resvalar de toda a acção para o plano instrumental da concretização exclusiva de utilidades atomísticas e singulares, daí a sua disponibilidade para intervir definindo-lhes uma utilidade comum. Mas, como diz Vullierme, o abismo que se interpõe entre Aristóteles e toda e qualquer forma de utilitarismo, reside no facto de o Soberano Bem, ou *praxis suprema*, ser algo disponível para a fruição efectiva e actual.

A reflexão que aqui se leva a seu termo, relativamente às finas relações entre o “útil” e o “justo” na democracia grega, permite-nos retirar, em síntese as seguintes conclusões: que à *poiésis*, enquanto produtora de uma utilidade que

lhe é exterior que só o *poiéta* pode definir, é correlata já de uma forma de ser “justo” homólogo de um “útil” singular que confere ao *poiéta* a legitimidade de uma retribuição compatível com o valor do objecto da sua produção; que o estabelecimento do valor desta “retribuição compatível” obedece a uma medida comum, a satisfação de uma carência, associadas ao modo de vida de cada um em comunidade e que cabe ao produto de uma dada *poiésis* satisfazer. Assim o “útil” e o “justo” equivalem-se e realizam-se na retribuição compatível estabelecida segundo um critério de justa retribuição que assenta na assimetria do valor-troca de cada mercadoria. Daí se designar “justa” uma retribuição daquele valor, por troca com a satisfação de uma dada necessidade da *koinonia* e se deixar exprimir pelo princípio *cuique suum tribuere*.

Daí devermos reconhecer que a sociedade ateniense lançou as bases de uma justiça assente na disparidade das diversas *poiésis* que está na base da ideologia capitalista: a ordem económica da comunidade de *poiétas* assenta na disparidade das diversas *poiésis* e o “justo”, a um primeiro nível, radica no desigual e proporcional valor-troca dos produtos, cujo valor não é aferido pelo *ison* de um “valor-trabalho” de que a seu tempo falará Marx. Daí que se possa dizer que o “útil” e o “justo”, neste plano, são directamente proporcionais, pela mediação de uma “comum medida” que por convenção se exprime pelo dinheiro. Uma comunidade de produtores ou *poiétas* é, constitutivamente inigualitária.

O *ison* na democracia ateniense, é estabelecido pela igual participação dos indivíduos, não como *poiétas* mas como *polités*, na discussão e resolução dos assuntos que dizem respeito à *koinonia* politicamente constituída, e onde todos são *omoioi*, isto é com direitos homólogos. O “Justo” e o “útil”, no plano da participação de todos nos assuntos da comunidade, exprimem-se como “utilidade indivisível” e pela justiça como virtude, que está acima das partes e liga cada cidadão a um ideal cosmo-político comum.

A justiça em Aristóteles reenvia-nos a uma concepção de direito eticamente fundado, uma vez que o dever de respeito pelo *polités* e o *ison* que preside à harmonização das disparidades poéticas pressupõem o reconhecimento dos outros como cidadãos homólogos em direitos e em razão.

Aristóteles, guiado pela sua preocupação de fazer identificar a “Justiça geral” com o “Soberano Bem”, abre espaço à fruição presente e actual da *praxis suprema*. E, não obstante designar-se como “geral”, esta acepção de “Justiça” atende ao concreto da necessidade de harmonizar as disparidades poéticas, através de uma forma de “justiça particular”, a que Aristóteles dá o nome de Direito.

É da conta da “justiça geral”, enquanto *praxis soberana*, promover o estabelecimento da “proporcionalidade harmoniosa”, isto é, o “ison” “que deve presidir ao desenvolvimento da *ousia*”. Por seu turno, compete à “justiça particular”, ao direito, enquanto exercício particular da virtude da justiça, estabelecer o *ison* (resultado de uma criação, isto é, de uma *poiésis*) em tudo que diga respeito às relações entre indivíduos e à repartição do que seja susceptível de ser repartido entre os membros da comunidade política, muito particularmente a honra e o dinheiro. Para os gregos, o “justo” é como que um minério que está nas coisas cuja extracção tem de ser feita laboriosamente, o que é dizer, poeticamente.

Como no-lo ensina Vullierme, a cidade democrática constituída como sociedade política é constitutivamente uma natureza, isto é uma *physis*, construída pelo esforço poético de todos os seus membros que tem na própria cidade de Atenas o seu paradigma arquitectónico. Se a edificação desta convergiu o esforço e o saber poético de arquitectos, engenheiros, escultores que nesse labor revelaram a *ousia* escondida, também para a constituição da sociedade política democrática converge o esforço poético de todos pelo uso da sua razão e em particular através dos géneros judiciário, deliberativo e epidíctico. E se a este último cabe recitar o mito integrador dos valores e ao deliberativo assumir-se na coordenação das decisões orientadas para o governo da cidade, ao género judiciário caberá, por fim, promover a harmonia entre as disparidades poéticas e realizar a virtude política que é fim na cidade democrática.

Na sociedade politicamente constituída sob um novo e luminoso modelo a que chamaram democracia, todos eram poetas cooperantes na revelação da *ousia* escondida, tanto no plano *physis* arquitectónica, como na *physis* política da cidade de Atenas. É justamente no plano da *physis* política da cidade que o

direito (virtude da justiça) revela a especificidade da sua natureza e função que a torna distinta de todas as demais *poiéseis*.

Deve dizer-se que o direito é a *poiésis* por excelência, criadora da *physis* da sociedade política, como se fora um artesanato com os seus utensílios e obras primas, mas a quem cabe, acima de tudo, (re) estabelecer o equilíbrio da cidade democrática.

E, reconheçamo-lo desde já, seja na função primeira de dar um fim à incerteza, como utilidade particular, seja na realização da *utilidade indivisível* que se manifesta na *physis política*, o direito vai sempre associado a uma utilidade que o transcende (num sentido nobre de serviço à comunidade a que acima se fez referência) e realiza, de facto, aquilo que na obra de Theodor Sternberg supra citada, vem referido como “la estética de una belleza discreta, estética del orden e de la dignidad. [Em vista da realização de tal desígnio] o bello que impresiona los sentidos debería evidentemente ser apartado cada vez más del Derecho, sobre todo la Música. En su lugar [acrescenta o autor] debe aparecer lo bello del espíritu puro, desnudo de sensualismo” (30).

Estamos naturalmente perante um quadro de exigências onde a ordem do estético e do ético se recobrem, e se fundem mesmo, para dar origem ao jurídico. É este, em traços muito amplos, um quadro que ilustra bem o modo como os filósofos gregos, depois de Sócrates, concebem o direito: como dimensão estética eticamente fundada e, na sua linha, autores como Petrarca e Milton, Goethe, Uhland, Heine e Storm.

O esboço daquele quadro de exigências que visam a realização estética do direito entre os gregos, parece em tudo conformar-se, sem que Sternberg manifeste ter disso consciência, ao modelo apolíneo que, a partir de Sócrates e por sua decisiva mediação, estrutura de facto um outro modo de pensar e de agir da sociedade ateniense e se constituiu, segundo Nietzsche, com o banimento da Tragédia e do coro dos sátiros e, com eles, do espírito dionisíaco de que a Música era o privilegiado meio de expressão (31).

A esta luz, melhor sentido farão as palavras de Jean-Louis Vullierme que diz : “*De ce point de vue, le Droit est un “genre poétique” parmi les autres, et même un genre spécialement sublime parce que architectonique* (32). Isto porque a noção grega de “utilidade indivisível” que, não obstante as disparidades poéticas, se realiza na *koinonia* de cidadãos *omoioi*, no sentido

em que participam paritariamente na produção do destino político comum da cidade democrática. As disparidades poéticas que persistem na cidade grega democrática, apesar e para além da justiça distributiva, são o sopé de uma arquitectura nobre e altaneira da *fysis* política e que reproduzem, a seu modo, a das construções térreas que tinham na Acrópole a luminosidade altaneira e a razão do orgulho ateniense.

No ponto seguinte procuremos mostrar de que modo as profundas mutações de sentido, a que o belo, o justo e o útil se submeteram na Idade Moderna (em função das variações aí verificadas nos decisivos planos da racionalidade jurídica e da correspondente metodologia implicadas no plano da concretização do direito) confirmam a pretensão de conformação do direito ao modelo apolíneo. A doutrina do positivismo jurídico haverá se perseguir a realização de uma estética apolínea do direito, mas segundo um modelo de auto-contemplação narcísica de uma pretensa *completudo*, sobre que haverá de assentar uma utilidade jurídica entrópica e que não se revê já na realização de um todo cosmo-político harmonioso.

6. 2. 2. - *Poïesis e Modernidade - o “justo”, entre o “utilitarismo” e a “mitologia romântica”.*

Ao identificar o direito como uma “específica ordem de validade” perene e universalmente reconhecida mas, não obstante, capaz de uma plasticidade que lhe permite adequar o “sentido concreto da validade” ao exacto contexto historico-cultural a que se aplica, Castanheira Neves abre caminho, como procuraremos mostrar, para uma adequada compreensão variação diacrónica e sincrónica do “justo” e do “útil” referidos ao direito. Em particular, permitir-nos-á compreender de que forma a índole, a modalidade metódica e a intencionalidade do pensamento moderno poderão estar na base do enviesamento do “útil” que, por uma cosmética de sedução hedonista se transforma em “utilitarismo”, do “justo” que se traveste de formal conformidade com a lei, e da “poïesis” que apenas se exprime numa minguante lua

nostálgica de um “suplemento de alma”, diligentemente incorporada na rentabilização e credibilização do sistema produtivo e consumista.

Na sua *Metodologia Jurídica*, o autor dá-nos a ver dois planos onde se joga a variabilidade do “sentido concreto da validade” do direito: um, é o plano da racionalidade ou pensamento jurídico; o outro, o plano da intencionalidade que esta mesma racionalidade faz associar à metodologia, em vista da concretização dos seu próprios fins.

Partamos, sem receio, do postulado de que a racionalidade jurídica não é e não pode ser nunca, na sua natureza intrínseca, uma racionalidade apodíctica, constituída no quadro de um sistema fechado de modelo lógico-formal e que, uma vez constituída, possa subsistir por si, na compossibilidade das suas proposições. Como no-lo ensina A. Castanheira Neves, ela é, acima de tudo, “função da concepção do direito e dos objectivos práticos específicos porque ele se orienta em cada época e nos diversos sistemas jurídicos” [e, no limite, como refere este nosso autor em termos jasperianos, ela é] “função inclusivamente do sentido fundamental da cultura englobante (...), porquanto aí se oferecem já os últimos referentes intencionais (o próprio sistema de valores que o direito assimilará), já as estruturas noéticas que nessas épocas condicionam as possibilidades de pensar (...)” (33).

Em duas palavras, “racionalidade” e “metodologia”, são chave da compreensão das mutações do sentido concreto da validade do direito e do modo como lhe vemos associados, em cada época, uma peculiar concepção de “justo” e do “útil”. Parece-nos fecunda, do ponto de vista hermenêutico, a hipótese que postule uma evolução diacrónica e sincrónica dos conceitos de “justo” e de “útil” jurídicos, em correlação estreita com as necessidades pratico-concretas e com os valores da cultura englobante que marcam, do ponto de vista intencional, a realização do direito em cada momento da história.

A invariância dos conceitos em presença só poderia sustentar-se a partir da postulação de uma justiça universal e intemporal, como supunham os jusnaturalismos cristão e racionalista e, eventualmente, já numa perspectiva mais estreita e sincrónica, através da postulação de um positivismo “puro e duro” que tome “justo” como sinónimo de “conforme com a lei”, qualquer que la seja e independentemente de ser ou não em si mesma justa. Correlativamente, o útil rever-se-ia aí na sujeição de todos ao imperativo da segurança jurídica, lídimo

paradigma do positivismo jurídico ou realização da mítica “vontade geral” que a lei personifica.

Neste esboço incipiente delineamos já alguns dos traços da correlação que se impõe fazer, em termos mais consistentes, entre a racionalidade jurídica da modernidade e o sentido da validade concreta do direito aí vigente, tomando manifesta a sua intencionalidade, a sua modalidade metódica e a índole da sua racionalidade que investe em ordem à realização dos seus fins.

Em momento anterior tivemos oportunidade de referir que a racionalidade que transcorre do jusnaturalismo racionalista do século XVIII para a modernidade, arrasta consigo a crença sem limites no paradigma da ciência e no modelo de desenvolvimento tecnocrático, capaz de modelar todos os domínios da vida em sociedade.

Na sua obra *La Crise de la Culture* (trad. francesa de *Between Past and Future*), Hannah Arendt define com muita precisão o modo de ser desta racionalidade moderna ilustrando dela o modo como ela se coloca face ao problema da verdade: “L’époque moderne, qui croit que la vérité n’est ni donné, ni révélée à l’esprit humain, mais produite par lui, a, depuis Leibniz, rapporté les vérités mathématiques, scientifiques et philosophiques au genre commun de la vérité de raison, distinguée de la vérité de fait” (34).

Enunciam-se logo aqui dois predicados que definem a racionalidade moderna como simultaneamente laica e autónoma. Para usarmos termos da reflexão crítica de Castanheira Neves, dir-se-á que a índole da racionalidade jurídica moderna se organiza, na sua adequação ao universo jurídico, em duas polaridades (duas modalidades básicas): a de uma “racionalidade de pura discursividade” que se basta com a “compossibilidade” entre as suas proposições, se revê na exigência de coerência interna e na produção de uma verdade apodíctica e no uso estrito do silogismo jurídico, que exerceu particular fascínio sobre as várias escolas do positivismo jurídico; e a de uma racionalidade de discurso de referência objectiva, mas que toma a realidade como “condição e possibilidade para a consecução de certos fins propostos ou programados, segundo uma relação funcional [em que] “a validade é adequação funcional ou aptidão instrumental e a racionalidade eficiência ou eficácia (...) técnico-finalística” (35) que abriu caminho ao “utilitarismo jurídico”.

Em todo o caso a índole da racionalidade moderna, parece reconduzir a um mesmo critério de validade que se exprime na evidência: ora racional, segundo a modalidade de uma pura discursividade; ora empírica, segundo a modalidade de um discurso de referência objectiva, seja na modalidade "tecnico-finalística" aqui referida, seja na de um discurso *teórico-explicativo de índole empírico-analítico e procedimental da ciência moderna* a que fazemos referência em nota. De evidência racional se fala quando a verdade das proposições transcorre para uma conclusão e se impõe constringentemente à razão; de evidência empírica, porém, quando se está perante a verificação metodologicamente comprovada de um facto.

Trata-se bem de uma razão "auto-noma", esta razão moderna, no sentido em ela tem em si própria o *nomos* fundamentante que lhe consente legislar, no sentido em que pré-constitui o real e se lhe manifesta na modalidade de um *logos prescritivo*.

Sob a luz, é-nos dado perceber que a racionalidade tecno-científica que transita para a filosofia do positivismo jurídico e se oferece numa *relação de exterioridade construtiva*, transporta consigo uma *ratio* intencional, uma metodologia, que fará também do método jurídico "um *instrumentum* (uma operatória instrumental) finalisticamente predeterminado" (36).

Constituir o direito como ciência e a lei como absoluta, adoptando, logo após, os dispositivos lógico-dedutivos de produção de inferências, numa subsunção *mores geométrico* dos casos particulares à lei geral, foi uma aspiração que pôde realizar-se, na perfeição, através dos vários matizes do positivismo jurídico que imperou sem contestação no século XIX até meados do século XX. Hoje ainda, como se fora uma espécie despotismo que não quer abdicar da sua visibilidade, o positivismo perdura fazendo uso de uma *métis*, legada pelos gregos, que não resisto comparar, no seu ardil, à que adoptou a "monarquia constitucional" para resistir, através de concessões de pequena monta, a um liberalismo incipiente de modos palacianos.

De facto, nada parece estar mais em contradição do que as doutrinas do positivismo jurídico e do utilitarismo moderno, se em conta tivermos que a concepção estrita do positivismo jurídico torna impositiva a obediência às leis, independentemente de elas serem ou não justas e úteis, uma vez que elas são emanação da autoridade que representa a mítica "vontade geral" ou o também

mítico “contrato social”. Aparentemente, mas só aparentemente, o positivismo jurídico como que trava o passo face ao tropel desenfreado da “racionalização teleológica” que marca, segundo Max Weber, a cultura do Ocidente moderno, “c’est-à-dire d’organisation des moyens d’agir pour transformer le monde” (37).

Ora, é esta “racionalização teleológica”, vanguarda de uma crença de transformação do mundo, que se estrutura sobre a fé ilimitada na ciência e na técnica modernas e que se orienta, segundo concepções de “utilitarismo” ideologicamente distintas: uma, que se propõe substituir o paradigma da “compreensão do mundo”, pelo da sua transformação, tendo em vista acelerar o movimento da história, e é protagonizada por Marx; a outra, cujo desígnio parece ser o de incorporar o sujeito no sistema de produção e consumo capitalista, tem como ponto de partida o “princípio da utilidade” ou do prazer individual, enunciado por Jeremy Bentham, primeiro em *Fragment on Government*, escrito no ano de 1775, depois em *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, onde adquire efectiva visibilidade, uma vez que a sua publicação, em finais do século XVIII, é por muitos considerada o manifesto que funda a escola utilitarista. Em todo o caso, diz Sousa Brito, em 1816 Bentham já se tomara o chefe de um grupo de intervenção cultural e política, conhecido pelo nome de “radicais ou utilitaristas” (38).

Michel Villey, pelo seu lado, considera que a primeira e mais pura versão de “utilitarismo” moderno remonta ao século XVII e a Libniz, que reivindica já e num espírito utilitarista, “l’acroissement de l’énergie de l’être, de sa puissance, de nos moyens d’agir: pas précisément au service des individus, plutôt au service de l’univers, du tout” (39).

Inquestionavelmente, contudo, a acepção de “utilitarismo” que vence na modernidade é aquela que Bentham dá corpo tomando como premissa e “verdade científica” o enunciado: “todo o homem procura o seu prazer pessoal”. A partir desta premissa, Bentham formula o postulado de que à filosofia moral cabe a finalidade única de centrar os seus esforços na maximização dos prazeres de cada um e na sua extensão ao maior número possível.

Em “Droits et utilité chez Bentham”, José de Sousa Brito orienta a nossa reflexão para o que ele considera os argumentos essenciais da polémica de Bentham contra a “doutrina dos direitos humanos” e do “contrato social”,

argumentos esses que contêm os fundamentos da alternativa benthamiana de fundação racional da política. Sousa Brito reconduz os argumentos do autor a três teses essenciais: 1.^a “il n’y a pas de droits antérieurs et indépendants d’obligations”; 2.^a “il n’y a pas d’obligations sans utilité, en d’autres mots, ce n’est qu’une certaine représentation de l’utilité qui peut expliquer un certain contenu de l’obligation”; 3.^a “aucune obligation ne doit être sans utilité, c’est-à-dire, le principe de l’utilité ou du plus grand bonheur justifie rationnellement toute obligation” (40).

As teses em presença tomam manifesta a convicção de Bentham de que não há direitos naturais anteriores à lei, nem direitos que possam ser dissociados de obrigações, uma vez que “direito” e “obrigações” são faces complementares do mesmo acto instaurador que é a lei. Manifesto é também o propósito de desconstrução da teoria do “contrato social”, em particular na 2.^a tese, arguindo que a sua eficácia depende de uma lei que o tome vinculativo e que a duração do suposto contrato perdura apenas pelo tempo que a “utilidade de evitar a sanção” prevalece sobre a utilidade da desobediência à lei. Verificada esta inversão, toda a resistência à lei se apresenta como legítima. Por último, como no-lo mostra Sousa Brito, o “princípio de utilidade” ganha o estatuto de medida e fundamento não apenas do direito vigente, mas igualmente do direito que deve ser (41).

Stuart Mill esforçou-se por tornar mais subtil a doutrina utilitarista do seu mestre, denegando a tese que supunha matematicamente possível a quantificação dos prazeres e das penas associados a cada conduta. Com sagacidade, o utilitarista Mill, faz antecipar já, como reconhece Hart, um elemento da crítica moderna ao utilitarismo ao enunciar o *princípio da liberdade individual*, “selon lequel celle-ci ne peut être sacrifiée que l’orsqu’elle empiète sur la liberté des autres, en leur causant des dommages: tandis que le principe de l’utilité permettrait logiquement le sacrifice de la liberté” (42) [como no-lo observa Sousa Brito] em nome do aumento da massa total da felicidade colectiva.

Tomando o “princípio da liberdade” como ponto de Arquimedes, a crítica moderna abriu o debate público entre “utilitarismo” e a “nova filosofia dos direitos do homem”, de par com a noção do “contrato social”. John Rawls, com particular visibilidade, empreende em *Theory of Justice* a crítica do utilitarismo,

propondo-se “apresentar um conceito de justiça que generalize e leve a um nível mais alto de abstracção a difundida teoria do contrato social, tal como se encontra formulado por Locke, Rousseau e Kant” (43).

Na esteira de Rawls e em diálogo com ele, diz Sousa Brito, surgiram recentemente, à esquerda e à direita, outras tentativas de desconstrução crítica do “utilitarismo”, sendo disso paradigmáticas as obras de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, e a de Nozick, *Anarchy, State and Utopia*.

Sousa Brito manifesta o receio de que o desenvolvimento deste debate, depois de Rawls, se tenha empobrecido pela sua confinacção ao confronto das sensibilidades anglo-americanas, deixando de fora o marxismo, que o nosso autor designa como fonte importante da reflexão política contemporânea. Serão disso ilustração, o debate em torno da fundamentação racional das normas, o estudo das condições pragmáticas do consenso em matéria normativa e, por último, o problema da legitimidade política. Sousa Brito faz-nos notar o profundo eco que estes temas e preocupações encontram na obra de Habermas, autor que parece personificar este movimento, já pelas obras onde claramente exprime aquelas preocupações, como *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus* ou “Wahrheitstheorien”, *Wirklichkeit und Reflexion* entre outras, quer ainda pela influência que exerceu sobre autores de primeira água, como Robert Alexy, em particular na sua abordagem do raciocínio jurídico em *Theorie der juristischen Argumentation*.

Importa reconhecer, a montante deste contemporâneo conjunto de preocupações, que, em face do processo de racionalização teleológica do jusnaturalismo clássico e do pensamento jurídico pré-moderno, o direito não pôde ficar imune aos ensinamentos das ciências do seu tempo e, por isso, gerou os seus próprios meios de agir e de ser eficaz, atingindo a sua melhor “performance” e o seu ponto mais alto na doutrina do positivismo jurídico. Mas fê-lo, justamente, consagrando a racionalidade finalística e processual, radicadas em pressupostos histórico-culturais afins, como ensina Castanheira Neves que caracteriza a *Zweckrationalität* (racionalidade finalística) como “o resultado final da compreensão da *praxis* e da acção imposta pelo pensamento moderno, com a sua neutralização e superação do onto-axiológico pela humana subjectividade e a sua racionalidade empírico-científica” (44).

Parece evidente que o modo de funcionamento tecnocrático do positivismo jurídico o situa num quadro antinómico daquele em que se situa o utilitarismo moderno, tanto mais se atentarmos que o positivismo, como bem o ilustra a recomendação autorizada e conhecida de Kant, prescrevia a estrita obediência às leis, independentemente de elas serem ou não justas e úteis, uma vez que elas não eram a expressão de uma vontade autocrática e despótica, mas antes emanção da vontade geral, expressão da soberania do povo, e que a todos se impunha por igual. Daí a justeza do aforismo que exprimia esta legitimação soberana - *dura lex sed lex*.

Neste sentido, nada faria supor uma cumplicidade desta razão geral triunfante, que se exprime no normativismo e no positivismo jurídico, com o utilitarismo que tem a sua matriz no “princípio da utilidade” subjectivizante e se exprime na máxima protagoriana do “homem-medida de todas as coisas. O caso é que, se o utilitarismo que espreita, é por entre as fendas que o positivismo jurídico que abre, por acção de uma dissociação do positivismo numa versão teórica, que faz dele “doutrina oficial”, e um positivismo comprometido com a acção e que se submete às determinações do “facto”. Daí Rivero designar o positivismo apenas como uma “fachada” ou “um Dieu dont on parle, mais on n’y croit plus” (45).

Na idade em que triunfa o positivismo científico, “nous adaptons le droit au fait, tel que la science des sociologues sait l’enregistrer; au fait de la jurisprudence, aux arrêts du Conseil d’Etat ou de la Cour de cassation; et le législateur s’adapte au mouvement des faits sociaux, tels que les révèlent les statistiques ou enquêtes d’opinion publique; aux changements, chers à Giscard et à Mitterrand” (46).

Esta submissão estrita do direito ao facto é, segundo M. Atias, citado por Michel Villey, um indicador da entropia de uma concepção de direito que ao se limitar a reconhecer e a sancionar o facto, extingue o que o distingue do facto e, por isso mesmo, se anula enquanto direito. Assim parece acontecer, de facto, sempre que o direito se deixa conquistar pelo utilitarismo envolvente e pelo tecnicismo.

Não obstante a preclara máxima do positivismo jurídico dizer que a Lei é para cumprir, independentemente de ser ou não justa e útil, o “utilitarismo” teve também a astúcia de expugnar a “torre de marfim” e introduzir dentro de portas

os agentes de uma subversão demiúrgica da lógica positivista, gerando o “utilitarismo jurídico” no domínio adverso. De entre os seus cultores mais notáveis temos: na Alemanha Ihering e Heck, que lhe dão forma na doutrina da “jurisprudência de *interesses*”; nos Estados Unidos da América, exprime-se nos diversos “realismos” e na “escola de jurisprudência sociológica”, para quem o jurista é uma espécie de “engenheiro social”; por fim, no realismo escandinavo, protagonizado por Lundstet, sustenta que o jurista deve ter a função de construir um arsenal de meios técnicos em vista do bem-estar, o “*welfare*” (47).

Michel Villey defende a ideia de que o utilitarismo se infiltrou também no universo jurídico francês, particularmente no direito penal, fazendo-o sem que disso tivesse ficado uma consciência muito nítida. Isto em razão, como se apreende nas palavras deste autor, de tal infiltração se fazer sobre disfarce de uma fidelidade ao normativismo.

Consumada a morte do pai, o positivismo puro e duro, o utilitarismo, ele também positivista, abre caminho através da ciência e a técnica para meios de “defesa social” mais eficazes, económicos e melhor adaptados à resolução dos problemas sociais do que os que propunha a estrita e formal subsunção. À sua conta a política penal não resiste à tentação de lhes delegar, confiadamente, a legitimidade da sua função ortopédica da sociedade, abrindo mão já aos tratamentos psicológicos, já confiando os criminosos aos educadores e promovendo a criação de asilos psiquiátricos, já acedendo a uma execução elástica das penas, a uma política de internamento preventivo, em suma, uma política criminal que, assim, se substitui ao direito.

Em síntese se dirá que estes são sintomas de um diagnóstico de emergência da enfermidade do direito, que começa na Modernidade e se acentua nos nossos dias, já por factores exógenos, já por factores endógenos ao próprio direito, de que nos fala com reconhecida precisão, em termos que reforçam este nosso diagnóstico, Castanheira Neves no seu estudo “o direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito” (48).

Aquilo que poderá, do nosso ponto de vista, constituir o paradigma mais refinado da subversão do positivismo pelo utilitarismo, indica-o Villey quando dá visibilidade à estratégia do Legislador que ao remeter-se à produção de Leis-quadro, leis de orientação vazias de conteúdo essencial, deixa

deliberadamente o caminho aberto ao poder executivo dos “engenheiros sociais”, agentes do utilitarismo, o cuidado de preencher e adequar o campo da sua aplicação, através de portarias, despachos e regulamentos, em suma de actos administrativos. É uma via larvar e segura e intencional esta que o utilitarismo incorpora no processo aqui denunciado, em vista de subverter o verdadeiro sentido do direito, cuja reconstrução se revela tarefa urgente.

Esta é afinal a raiz da suspeição levantada por Michel Villey de que o Ocidente moderno se teria rendido à procura de meios de eficiência, escamoteando e obstruindo a questão dos fins. Por acção desta estratégia, o útil, no direito, ter-se-á desapossado da sua dimensão essencial - a que almeja a realização dos fins, transformado-se, na opinião do nosso autor, em “pura imbecilidade”. Fins estes que não recusamos identificar com a realização do homem na sua totalidade na fragmentaridade oferecida pelos saberes também eles fragmentários, a que já se refere também Castanheira Neves, em particular no estudo sobre “O direito como alternativa humana”, supra referido.

A Modernidade realiza por inteiro a preclara máxima de Protágoras do “homem-medida de todas as coisas”, apenas e só no sentido da sua realização hedonista e fragmentária do homem e de uma utilidade, nos antípodas aliás da grega “utilidade indivisível”, multiplamente contrária à segmentação subjectivista, levada a cabo na consagração primeva das liberdades negativas, se bem que ditas universais e que veio a exprimir-se nos direitos humanos de primeira geração, consagrados no dealbar da Idade Moderna.

Poder-se-á mesmo dizer que a noção grega de “justiça” afronta a concepção utilitarista da modernidade, enunciada pelos filósofos que vão de Hobbes a Jeremy Bentham e a Stuart Mill que, sabemos, estão mais de acordo com a máxima protagoriana do que com a identificação da justiça com a *praxis suprema* ou o “Soberano Bem”. Mas a ultrapassagem presente, da crise do direito, não passará por certo pelo nostálgico retorno à preclara matriz grega de uma justiça não apenas desigualitária, no seu escopo distributivo, como no fundamento que não pressupunha do universal valor da pessoa humana.

A máxima de Protágoras constitui, para o utilitarismo moderno, como que um ponto de Arquimedes sobre o qual tomará apoio a alavanca do sistema político de modelo liberal, crente de que a livre concorrência entre as disparidades poéticas e a garantia de fruição das liberdades negativas (que,

intrinsecamente, se afirmam contra o Estado) bastarão como princípios indutores de auto-regulação da sociedade.

Na sua essência os regimes de democracia política de modelo liberal e a sagração das liberdades negativas originárias têm por escoramento o princípio basilar da igualdade de todos perante a lei, no pressuposto jusnaturalista (cristão e racionalista) de que os homens são intrinsecamente iguais por natureza. Sobre esta fundação se escoram dois outros pilares fundamentais e necessários à realização livre das escolhas do sujeito moderno: a liberdade e a segurança. Sobre este tríplice fundamento, igualdade, liberdade e segurança, se alicerça o exercício dos direitos subjectivos, à vida, à expressão livre do pensamento e demais “liberdades negativas” que dissemos serem constitutivas dos direitos humanos de primeira geração. Neste quadro, o Estado dá-se voluntariamente a si próprio a discreta função de garante da igualdade formal de direitos e oportunidades.

A cidade democrática grega, em toda a sua preclara luminosidade, não conhecia, como bem se disse em 4.1., a noção mesma de direito, enquanto prerrogativa de um sujeito e que vai pressuposta no instituto dos “direitos subjectivos” consagrados na modernidade e sobre o qual haveria de assentar a noção de direitos humanos universais. Só a condição de cidadão tornava *autonomos* o habitante da *polis*, o *polités*, lhe conferia a liberdade e capacidade de aceder ao espaço simbólico de público e livre exercício da razão e que constitui a primeira de todas as “liberdades negativas” do sujeito de que há memória - a liberdade de expressão do pensamento.

Não obstante, o princípio protagoriano do “homem-medida” terá de esperar pela Modernidade para se realizar na diversidade das suas múltiplas implicações, em conformidade com uma utilidade/direito devida a cada um, sob o fundamento de princípio de igualdade que os jusnaturalismos afirmaram ser conatural ao Homem. Só a Modernidade nos coloca em presença de uma utilidade inerente à condição de se ser sujeito, intersubjectiva e, nesse sentido, universal.

A mais sublime expressão desta utilidade encontramos-na no texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e sob a forma dos chamados direitos humanos de primeira geração ou das “liberdades negativas” a que fizemos referência em momento anterior. De facto, como nos foi dado verificar

no capítulo IV, particularmente quando pretendemos dar conta da racionalidade instituinte dos direitos humanos na Modernidade, tudo ali se hierarquiza, num primeiro momento, a partir das liberdades negativas e dos direitos subjectivos.

É por isso significativo, a este nível, que os direitos relacionados com a defesa do património comum da humanidade, de algum modo correlato da utilidade indivisível e cosmo-política dos gregos, se esboçam ainda timidamente no tempo presente, volvidos que são já cinquenta anos sobre a proclamação universal dos direitos do homem, nos ora designados direitos humanos de 3.^a geração.

É justamente no pressuposto do “homem-medida de todas as coisas” e na salvaguarda das “liberdades negativas” do sujeito, enquanto expressão de salvaguarda máxima da “liberdade de expressão” e da garantia da “liberdade de empresa”, que a ideologia liberal, na sua formulação “pura e dura”, sustenta a sua crença na possibilidade de “harmonização automática de utilidades”. Com alguma razão, é possível dizer-se que a consagração do princípio de que *nenhuma lei pode ser promulgada em termos que constituam limite à liberdade de expressão*, na 1.^a Emenda da Constituição dos E.U.A., é emblemática de algum fundamentalismo no domínio desta crença na harmonização automática das utilidades que lhe subjaz. De forma diversa, como sabemos, a harmonização das disparidades poéticas entre os gregos era algo que não se processava de forma automática, mas sim pela mediação do exercício do contraditório, naturalmente mais formal e específico em se tratando de debate judiciário, onde a regra do melhor argumento constituía a prova técnica a que todos davam prévio assentimento.

A forma como o Homem Moderno reabilitou o prestígio da poesia literária, exprime-se, algo paradoxalmente, através de uma dissociação da própria noção de poesia. Por um lado, admite-se agora a possibilidade de a fantasia e a verdade poderem “associar-se nela (poesia) na mais nobre das alianças”, imitando nisso os velhos “mestres da verdade” gregos, anteriores à cidade democrática, num tempo em que os “poemas” realizavam ainda eficazmente a recitação do mito e enunciação da verdade, veiculando, através de imagens poéticas, uma verdade que era objecto de revelação.

Mas, por outro lado, toma-se cuidado em não se ser poeta na gestão corrente da vida quotidiana, como se, fazendo-o, se corresse o risco de se estar sujeito à derisão daqueles que, muito pragmaticamente e de acordo com o espírito do nosso tempo, orientam todas as energias para as actividades que consideram efectivamente produtoras de vantagens económicas e sociais imediatas para si mesmos.

Tudo se passa como se as sociedades democráticas, tendo tomado consciência da imanência e relatividade da verdade e da justiça que emergem do exercício do contraditório social, intrinsecamente conflitual, descresem de orientar a sua vida por um projecto de realização pessoal que ultrapasse a racionalidade económica dominante (alicerçada da disparidade poética) e resolvessem, elas também, feridas do espírito tecnocrático-platónico, expulsar do espaço público democrático qualquer remanescência do seu depauperado imaginário, desistindo de dar à sua vida emocionalidade e sentido estético, descrentes de poderem aceder a um *nomos* integrador de cada cidadão numa realidade que transcende o indivíduo para fazer dele, por um princípio de necessidade estética, um *polités* e, enquanto tal, parte integrante de uma totalidade cosmo-política que é a cidade.

A realização deste desígnio torna-se possível a partir do momento em que o direito, no sentido de acção praxico-poética, intervém atravessando os planos da *poiésis* e da *praxis*, na procura de soluções ajustadas a tornar compatíveis os direitos correspondentes às utilidades poéticas de cada um e, logo após, a compatibilização dos direitos individuais com os direitos comuns, a que cada um acede apenas enquanto cidadão.

Como no-lo ensina a narrativa do mito de Prometeu, só o “sentimento político”, gerador da vontade que une as utilidades separadas numa utilidade comum, confere ao direito a legitimidade de ser lugar por excelência do justo e a capacidade de fazer intervir um terceiro como “justa distância” entre as partes em conflito. Neste sentido, como *poiésis*, o direito é procura do justo para cada caso e, enquanto *praxis*, ele é essencialmente inquirição reflexiva de uma utilidade indivisível, forma de justiça orientada para a realização do “Supremo Bem”, no sentido aristotélico do termo.

De um modo geral, a poesia, no sentido moderno do termo, se surge e quando surge, seja na esfera da vida privada de cada um, seja na da vida

pública partilhada, surge quase sempre no limite de toda a azáfama produtiva, como algo que se procura como sendo um “suplemento de alma”, expressão feliz de uma ideia originariamente criada por Henri Bergson em “Les deux sources de la morale et de la religion” e que Vullierme não dispensa de evocar. Tudo se passa, como se, a partir da tomada de consciência do desapossamento de algo que para si constituía uma valência afectiva, o poeta-produtor procurasse concretizar esse complemento da sua humana condição, quer pelo reencontro com a *poiésis* literária, quer através da produção/fruição de outras formas de expressão poética que lhe propiciem um tal “suplemento de alma”.

O paradoxo da questão reside no facto de toda a “actividade produtora” se designar à partida, e na língua dos gregos, pelo termo *poiésis*. E, nesse sentido, não só não deixámos nunca de ser poetas, como, por aquela almejada via de “suplemento de alma”, a poesia literária e das artes, é de novo dialecticamente reintegrada e recuperada para o processo de produção, na justa medida em que é assumida como uma utilidade destinada ao equilíbrio dos produtores.

Diga-se, no entanto, que este “suplemento de alma”, que identificamos com a *poiésis* “strito sensu” e, de algum modo, com o lazer produtivo de uma “vida intelectual activa” (para falar como Hannah Arendt), toma-se, ele também, presa apetecida e cativa do movimento que opera a descrispação do binómio “produção-disciplina” da era moderna e é reintegrado, pela sobredita via de equilibração última, no sistema de produção capitalista que o faz retroagir no dispositivo maquínico da produção e é ele próprio objecto de produção industrializada e em série.

Por tudo o que se disse, enquanto movimento genuíno de procura de um “suplemento de alma”, a *poiésis* parece integrar-se mal na apoteose consumista e hedonista deste final de século e nos desígnios da “sedução-consumo”, pela consciência reflexiva que caracteriza, segundo pensamos, toda a procura de uma fundamentação auto-poética do direito e da vida.

Considerando que o binómio “produção - disciplina” esteve no centro da revolução industrial da Idade Moderna, como factor de eficácia do sistema produtivo, percebe-se bem quão importante se tornou, numa perspectiva de

equilíbrio sistémica, recuperar esta dimensão poética e imaginária da vida como elementos equilibradores do sujeito moderno.

Deste modo a *poiésis*, enquanto procura de um “suplemento de alma” manter-se-á, por este artil, acorrentada a um princípio de utilidade, integrando o dispositivo de auto-regulação sistémica, sendo a sua eficácia aferida apenas em função do bom funcionamento do modelo, parecendo restar ao sujeito pouco mais que um conjunto de liberdades negativas e formais.

A procura de um “suplemento de alma” (de uma *poiésis, stricto sensu*), que dê sentido à condição humana do homem moderno, não podemos dissociá-la, enquanto sintoma de uma resposta, ao amplo processo de sujeição que gerou o sujeito moderno sob o efeito de uma vigilância generalizada e de um poder microfísico, exercidos nas instituições de disciplina da modernidade, de que fala Foucault, bem como ao processo de alienação da sua força de trabalho no sistema de produção capitalista, conforme Marx.

Aos gregos se poderá dever, de algum modo, a raiz desta sujeição, uma vez que a cidade democrática estabeleceu como unidade de medida de uma distribuição justa, não o *ison* do “valor trabalho” de que fala Marx, mas o desigual “valor-troca” dos produtos das diversas *poiéseis*, enformando uma ordem económica assente na disparidade *poiética*.

Vullierme interpela-nos no sentido de saber até que ponto não estaremos nós, e independentemente das preferências eleitorais de cada um, impregnados pela ideologia utilitarista, de tal modo porfiamos em fazer fé “no valor absoluto das utilidades e na possibilidade de as harmonizar localmente”. De algum modo, diz o nosso autor, tudo se passa como se independentemente de preferências eleitorais aparentemente distintas, todos fossemos liberais, estatistas e tecnocratas (49).

Somos “estatistas”, diz-nos o autor, no sentido em que nos tornámos incapazes de estruturar um pensamento político que não seja em torno do conceito de Estado. Aristóteles, segundo o autor, dá-nos o paradigma ajustado daquela possibilidade, ao propor uma sociedade basicamente constituída por magistrados e cidadãos que, na medida em que são livres e fruem do Soberano Bem, são capazes de deliberar acerca do que é útil para a comunidade.

A descrença na possibilidade de aceder no tempo presente ao “*Soberano Bem*” e a tomada de consciência de que o tempo em que vive é encarnação da própria injustiça fez do homem moderno um tecnocrata, sujeito que acredita na sua capacidade de fabricar o seu próprio “bem estar”. Numa perspectiva comunitária, o “bem estar” alcançar-se-ia com o aumento global de produção de molde a atingir um “nível mínimo” capaz de satisfazer as necessidades de todos. Atingir estes níveis mínimos de produção representa para os modernos algo como o fruir da “utilidade indivisível” ou da “praxis soberana” de que fala Aristóteles.

Mas, como sabemos, o sobredito “nível mínimo” é apenas eufemismo que a modernidade usa para exprimir o seu desejo de produção e fruição da “abundância”, mito efémero de uma sociedade de produção e de consumo ilimitados. A “praxis soberana”, enquanto resultado da produção tecnocrática da abundância para todos, torna-se manifestamente inatingível, quer pela escassez de recursos, quer pela disparidade poética e pela lógica de mercado que a acompanham.

Mas a utopia tecnocrática não se confina ao domínio de uma produção industrial *strito sensu*. Ela aspira estender o seu modelo e lógica de produção à organização e funcionamento de todas as empresas humanas colectivas que incorpora sob um conceito amplo de “indústria do bem estar”. Desta fazem parte, por sua vez, como se foram “unidades de produção”, os diversos sectores da organização administrativa da sociedade, a saber: a “Saúde Pública”, a “Educação”, a “Defesa” e a “Justiça” (50).

À “Justiça”, enquanto “unidade de produção”, subordinada ao modo de produção tecnocrática da grande indústria do bem estar moderno, compete, prioritariamente, produzir a segurança de bens e de pessoas e só após, como no-lo lembra Vullierme, dela se espera que seja também garante das “liberdades políticas”, quase sempre identificadas como “liberdades negativas” na medida em que se afirmam por oposição ao poder do Estado de as limitar.

Ora, uma tal noção de “justiça”, entendida como dispositivo tecnocrático de produção de algumas utilidades individuais, torna-se signo correlato de um arremedo de “justiça” que muito se identifica, aliás, com o sentido da própria realidade em que ela se tornou hoje.

Por sua vez a rendição da tecnocracia à burocracia vem reforçar a ineficácia no que respeita à própria produção das mencionadas utilidades individuais e, *a fortiori*, à produção de uma utilidade comum que haveria de exprimir-se no reforço do efeito de presença do “justo” na sociedade, contribuindo para a prevenção geral.

É para nós claro que, no tempo presente, a amplitude da burocracia no campo de aplicação da justiça, bem como a da violência que a acompanha, é inversamente proporcional, não apenas, como diz Boaventura Sousa Santos (51), à amplitude do campo retórico no campo de aplicação do direito, como é directamente proporcional ao aumento da violência e da insegurança na sociedade.

De facto, a burocracia judiciária, na medida em que actua como dispositivo dissuasor do exercício do direito de queixa e dificulta o acesso à justiça, em particular pela forte contingentação que introduz no livre exercício da razão é, no limite, de par com a tecnocracia do discurso jurídico, um dispositivo que descaracteriza e desacredita a noção de um Direito como “*ars aequi et bonni*”. É justo, no entanto, reconhecer que a sobredita contingentação do livre exercício da razão, devida em parte, à filtragem introduzida pelos “procedimentos” e pela tecnicidade do discurso jurídico, apresenta-se também fortemente alicerçada nas graves limitações culturais que caracterizam, entre nós, o nível médio de cidadania dos sujeitos jurídicos convocados, com excepção dos técnicos que, naturalmente, assumem a factura de toda a sustentação logo-técnica do debate judiciário.

Como é consabido, a aplicação célere da justiça é, por excelência, o factor de credibilização da justiça e da sua eficácia em termos da “prevenção geral” da prática dos crimes. Paulo Albuquerque, juiz de direito e mestre em “Ciências Jurídico-Criminais”, na parte publicada da sua rigorosa tese, *Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em Direito Penal*, enuncia, em três vertentes complementares, a sua crítica ao funcionalismo puro e duro de Jakobs e a outras formas de funcionalismo mitigado, como o de Roxin.

A crítica da identificação entre “culpa” e “prevenção” proposta por Jakobs e da intencionalidade que subjaz a esse propósito funcionalista, são parte importante deste estudo. De facto, a sobredita identificação surge nele

enferma de uma intencionalidade que denega a “dimensão ética constitutiva do Direito Penal”, em particular a exigência de Liberdade da pessoa humana, sem a qual não pode ter fundamento uma “culpa” e, sob o fundamento desta, uma “pena”. Banir do campo da realização do direito, a intencionalidade que exige uma “retribuição proporcional do mal do crime com o mal da pena”, bem como o cumprimento finalístico de exigências externas ao próprio direito, parecem ser as vias de superação da tecnocracia funcionalista.

Impõe-se, para tanto, a reposição do “princípio retributivo” no seu devido lugar - onde “a pena retributiva há-de necessariamente ter uma “dimensão de futuro” [na expressão e sentido já consagrados pelo Professor Castanheira Neves], no âmbito de um direito penal considerado segundo uma intenção teleológica, com um sentido axiológico-normativo de validade referido ao “absoluto” da liberdade da pessoa, sendo de todo dispensável, e mais do que isso, ilegítima, uma intenção teleológica com sentido tecnológico-finalístico de oportunidade, referido às necessidades de prevenção e aos efeitos da punição” (52).

Aquele devido lugar da “pena retributiva” é, no limite, aquele que já o texto constitucional a um tempo legitima e restringe, através da cláusula da proporcionalidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, nos termos dos artigos 16.º a 18.º da C. R. P.

De alguma forma a subordinação de toda a dogmática da culpa ao princípio de utilidade, mesmo que este se exprima pelo nome de “Prevenção Geral”, esconde a outra face da tecnocracia jurídica no campo da aplicação do direito. Escoradas em princípios diferentes, a tecnocracia funcionalista denunciada por Paulo Albuquerque, de par com o dispositivo burocrático acima denunciado, parecem ser faces complementares da mesma tecnocracia, desconstrutora de uma *praxis* jurídica possibilitante de utilidade indivisível e da “justiça geral”.

Se da aplicação da “justiça particular” que cabe ao direito, se espera que o “útil” e o “justo” sejam estabelecidos por relação a outrem e não apenas como reivindicação hedonista de satisfação de necessidades pessoais, também da “justiça geral” ou da *praxis suprema* se espera que ela seja a “utilidade em si” e, como tal, o fim último para que tende a realização da sociedade como um todo cosmo-político.

No entanto, como no-lo observa Vullierme, cada vez mais o direito se apercebe do esvaecimento da possibilidade de ele próprio intervir eficazmente como regulador homeostático da sociedade, vendo a sua acção confinar-se a uma *poiésis* particular ao serviço da “justiça particular”, embora participando de uma *poiésis* integral (53).

De facto a “burocracia” e o “funcionalismo” da justiça desempenham, para falarmos em termos platónicos, uma função “cosmética” que está em contradição com a que promove a “boa saúde” e o recto funcionamento da “justiça” e constitui o traço mais visível da aplicação do modelo tecnocrático.

Segundo este modelo, a justiça é hoje muitas vezes produzida por funcionários burocratas, programados para a administração da “justiça como serviço” que, no fundo, é apenas meio para o fim (controlo e contenção das tensões sociais), sem verdadeiramente atender à realização da Justiça como utilidade em si e fim a prosseguir e a alcançar por relação a outrem.

A subversão da justiça acontece na medida em que a “máquina judiciária” se assume, na sua natureza essencial, como técnica. E, como tal, perde de vista o seu fim, cumprindo-se nela o modo de ser essencial de toda a técnica de que nos fala Heidegger: torna-se fim de si mesma. Estamos aqui em presença de uma perversão, em que o que é “utensílio” da justiça se substitui à própria justiça, produzindo do direito apenas a sua aparência formal, ou, dito de outro modo, ela faz com que o que é instrumental para a realização do direito se torne o fim do próprio direito.

Esta subversão utilitarista faz do exercício da justiça, exclusivamente, uma *poiésis* que será tanto a produção de utilidades locais atomísticas, como, pela via de uma certa concepção utilitarista, à produção de uma utilidade que, apesar de geral, não é conforme com a *praxis justa*, por realizar outros fins que não os da Justiça. De alguma forma a utilidade indivisível da realização da justiça na cidade democrática grega está ainda cativa de uma racionalidade estratégica, se quisermos de uma racionalidade funcional. E isto porque, como vem fundamentado por Hannah Arendt na terceira e quarta das suas “Lições sobre a Filosofia Política de Kant” (54), a Filosofia, enquanto *praxis* teórica da tradição filosófica do ocidente, dos gregos até à idade moderna, resistiu tenazmente a assumir-se seriamente como actividade motivadamente comprometida com a condução jurídico-política da *polis*.

Como enfaticamente no-lo faz notar esta autora, a atitude de quase todos os filósofos em relação ao âmbito dos negócios humanos terá sido a de não assumir “o político” como objecto de reflexão filosófica séria, isto é, como *praxis política*, fazendo-o apenas, excepcionalmente e a contragosto, para impor alguma ordem no “asilo de lunáticos”, expressão usada por Pascal na sua obra *Pensées* para designar a comunidade humana politicamente (des)organizada (55).

E se filósofos houve, como Aristóteles, que empreenderam esse excursão fora do domínio especulativo de eleição dos filósofos, para de algum modo fazer intervir, reflexivamente, a *praxis teórica* nos negócios humanos, é possível reconhecer aí, apesar de tudo, o emergir de vicissitudes indissociáveis dos méritos da sua empresa.

Ilustração desse esforçada tentativa, a *techné rhetoriké*, enquanto dispositivo logo-técnico produtor de uma racionalidade prático-argumentativa particularmente adaptada ao género judiciário, em vista da resolução da conflitualidade de interesses emergentes do negócios humanos, radicados ali na disparidade poética do sistema produtivo, não se terá eximido, ela também, e na preclara opinião de Platão, da condição de prisioneira de uma racionalidade estratégica e finalística que se vê cumprida no desarmar da conflitualidade manifesta que não na realização mesma da justiça.

A prosperidade económica da cidade e a realização da justiça constituíram a base da pacificação e de unidade política, permitiram o surgimento de um novo tipo de necessidades e de bens de consumo de natureza cultural, socialmente partilhados e fruídos.

A reflexão filosófica, também potenciada por esta conjuntura sócio económica terá sido porventura, de entre os bens culturais produzidos, aquele que se revelou tendencialmente mais solitário no seu acto criador e de fruição mais reservada. Prevaleceu dela o paradigma de uma actividade mais vocacionada para pensar a *realidade das ideias* na tranquilidade olímpica de uma *praxis* que busca refúgio no limbo da coerência racional interna do pensamento, do que a comprometer-se com a racionalidade prático-argumentativa que presidia à organização jurídico-política da comunidade e com o tomar à sua conta a ponderação das condições reais de existência e de realização efectiva da *praxis justa*.

Aliás, a organização social da Atenas democrática, assente na disparidade *poiética* e no mundo do “neg-ócio” que nasce no seu prolongamento, era ela própria garantia do funcionamento altaneiro e separado da especulação filosófica, do exercício de uma “vida intelectual activa” de que nos fala Hannah Arendt e que muitos, durante muito tempo, haveriam de ideologicamente conotar depreciativamente como um espaço de viçosa ociosidade, numa clara subvalorização da *praxis* como actividade não produtiva e inútil, segundo os critérios de utilidade conferida aos objectos produzidos por uma *poiésis* particular.

A *praxis*, como é consabido, necessita do lazer produzido pelas diversas *poiéseis* para se constituir. E, inversamente a voluntarística produção e criação poética carece do questionamento teórico da *praxis* para se realizar como direito. Neste sentido, a conversão da mera “sageza em potência” do lazer em “sagesa em acto” está pressuposta na incindível unidade praxico-poiética que caracteriza a realização concreta do direito e que convoca, necessariamente, “estruturas noéticas” e “referentes intencionais” historicamente situados.

À evolução diacrónica destes últimos se deve, em particular, a variação histórica do “sentido concreto da validade” que o direito constitui e realiza, no quadro das diferentes formas de pensamento jurídico, como as que caracterizam o direito pré-moderno, ou o direito moderno-iluminista e o pensamento jurídico actual (56).

Escapando de alguma forma a esta trajectória, a *praxis justa* em Aristóteles, não é uma utilidade separada da *poiésis* que a produziu, como é norma acontecer com toda e qualquer actividade produtiva comum. Ela é antes expressão de um corpo político que tem em si mesmo a utilidade, se auto-produz e, à semelhança de um corpo biológico, se auto-regula. Nesse sentido a *praxis justa* é *autopoiésis*. E, na medida em que ela é resultado de uma actividade *práxica*, isto é *teorética*, o processo da sua auto-produção não pode nunca identificar-se, como crêem os utilitaristas, com a adição das utilidades produzidas atomisticamente pelas diversas *poiéseis*.

No entanto, estamos convictos de que este problema, o da necessária constituição do direito como actividade praxico-poiética, permaneceu para os gregos como problema não resolvido, apesar de o filósofo de Estagira ter

entrevisto, no desvelo a que devotou o direito, uma utilidade indivisível que, de alguma forma se anuncia como ultrapassagem do helénico conceito de “justiça distributiva” que não chega, contudo, a concretizar.

Somos tentados a dizer que a realização da *praxis justa*, enquanto realização de um *bios politikón* que se auto-produz, nos aproxima irresistivelmente, em termos especulativos, da perspectiva kantiana do progresso da espécie. Aqui a astúcia da Natureza incorpora e dá um sentido positivo à negatividade das guerras e catástrofes em vista do almejado fim do progresso da espécie, ali a *métis* da *physis* política que vemos associada à *autopoiésis* do corpo político e à realização da *praxis justa*, incorpora ela também e dá um sentido positivo à conflitualidade que se exprime no contraditório social e que o direito resolve pela rama.

É evidente que Aristóteles postula a possibilidade de concretização aqui e agora do Soberano Bem ou da *praxis justa*, mas o plano material desta mesma concretização parece ser outro que não o do estrito dirimir dos conflitos entre os cidadãos. Realiza-se, segundo cremos, no campo das estratégias e finalidades da *polis*, qual corpo biológico que se auto-produz, se auto-regula, em vista da “utilidade indivisível” correlata também ela de uma ideia de progresso da *physis* política.

Só o reencontro crítico do direito com a inquirição do seu próprio fundamento axiológico e o da prossecução da justiça como um fim em si mesmo, parece potenciar a superação da mera ordem mecânica de regulação jurídico-política, produtora de uma justiça maquínica, atomística, descomprometida com a realização da justiça como soberano bem e como *praxis justa*, na justa medida em que parece ferida de uma miopia incapaz de enxergar a “finalidade longa” a que fizemos referência na “Epistemologia da Decisão”.

Parecem conformar-se a esta patologia e sintomas próprios do utilitarismo a perspectiva sistémica de Luhmann que, carente também de uma visão foveal, direcciona o olhar para longínquos objectivos de regulação funcionalista e sistémica onde da pessoa humana, lídimo destinatário da justiça, enxerga apenas uma imagem difusa, a genericidade de um conceito, vazio de qualquer conteúdo essencial.

Fernando Bronze, fazendo sua crítica de W. Fikentscher à perspectiva sistémica de Luhmann relativamente ao direito, defende “uma muito outra compreensão da “justiça”, não simplesmente reduzida a uma função determinada pela “complexidade da realidade” e pela “consistência do subsistema Jurídico” (57).

A perspectiva sistémica do direito parece ligar-se bem com a ideia grega da cidade como um todo cosmo-político sob a acção reguladora de um *nomos*, princípio de regulação de toda a actividade produtiva da cidade democrática que, naquele preciso sentido, era “*auto-noma*”, isto é, auto-regulada em vista da realização de uma utilidade indivisível, a justiça, como supremo fim do sistema político. Sabemos, porém, que o *nomos* só se exerce porque a praxis judiciária intervém, através da produção de um logos juridico-judiciário capaz de promover a sua aplicação e, com esta, a transformação da *physis* política da *polis*, tendo em vista realizar aí “*ta kala ta dikaia*”, isto é, as coisas belas e justas de que fala Aristóteles (58).

Neste sentido, a dimensão “auto-poietica” e de autonomia da *praxis justa*, que sabemos estar orientada para a realização das “coisas belas e justas” na temporalidade, fazem dela signo de um projecto de estruturação arquitectónica imanente ao querer e agir humanos que subvertem a preclara lógica sistémica. O “belo” o “útil” e o “justo”, resultado de uma *poiésis-praxica*, são termos que denotam uma mesma ambição que é a de construir, a partir de um conjunto de utilidades locais *poiéticas*, uma *physis* política, lugar adequado para concretizar o projecto jurídico-político de uma ordem global justa, o *nomos*, que não é o fim mas o próprio processo de auto-mediação da cidade no tempo. Tempos virão em que o direito romano e moderno terão condições de assumir-se como pretensa *completudo*, possibilitante de uma estética jurídica de índole logo-sistémica.

Deste modo, o processo conducente à realização de uma ordem global justa tem na *praxis judiciária* a função mediadora por excelência, na medida em que ela faz intervir uma racionalidade dialogico-argumentativa que não deixa indiferente o *nomos* nem a realidade social de onde emana e a que regressa, ajudando na sua transformação.

Acresce ainda como contributo para a desconstrução da lógica sistémica aqui trazida por Luhmann, que, como no-lo observa Vullierme, por detrás de uma actividade que dizemos *práxica*, o jurista é, em si mesmo, um poeta. E não no sentido alargado de uma *poiésis* semelhante à do artesão ou do técnico, mas no estrito sentido de ser produtor de uma poesia que é homóloga da produzida pelos produtores de poemas.

E se dizemos isto é no sentido em que o poeta e o jurista partilham a homóloga condição de serem ambos imitadores: o poeta esforça-se por imitar a essência da natureza ou dos deuses; o jurista, por sua vez, procura imitar o justo para, a seu modo, reproduzir no *logos* judiciário. Não é, obviamente poeta neste sentido a pretensa figura de juiz “simples-operador-técnico-neutral” que Michelle Taruffo. Mas sê-lo-há aquele que tenha como preocupação última da sua decisão, não apenas dar ao conflito um fim conforme com a lei, mas realizar a “finalidade longa” da decisão a que fizemos referência. Além do mais, o direito e a “poesia dos poemas” têm também em comum o facto de serem ambos poesia através da linguagem.

Vullierme, que assim pensa, sublinha uma particular homologia entre a linguagem do direito e da poesia, uma vez que sendo em ambos os casos criadora, não é nenhum dos casos arbitrária ou sequer subjectiva, como poderia pensar-se. Pelo contrário, sustenta o autor, a linguagem dos discursos poético e jurídico é ponderada em função das exigências reais da *mimesis*. O problema está em que, com se sabe, o processo mimético é reconhecidamente fonte de enganos e está desde sempre associado a uma reprodução imperfeita do objecto mimado.

Mas, ainda assim, haverá de reconhecer-se que o erro, para além da negatividade intrínseca com que marca os discursos jurídico e poético, cumpre neles também, já positivamente, o momento dialéctico de aperfeiçoamento do processo mimético, em vista da realização do *telos* específico de cada um daqueles discursos: em poesia, diz Vullierme, direccionado para a apreensão da “natureza afectiva do universo”, no jurídico, por sua vez, para a realização do “justo”. Inquestionável é o facto de que a realização da justiça, ou da concreta aplicação do direito, na medida em que se não dá num quadro de apodicticidade, é algo que sempre se faz acompanhar por um “princípio da incerteza”, por um lado, porque o “justo” que o direito imita só existe como

imitação e, por outro, porque o “justo” se transforma à medida que a actividade *praxico-poïética* judiciária o vai reconhecendo (59). Uma tal concepção de justiça compromete-nos com a história e com todo o circunstancialismo em que decorre a *mimesis* juridico-política que a produz.

6. 3. - Direito e fundamento de uma nova ordem arquitectónica de regulação.

Importa, nesta última etapa da nossa reflexão, empreender o exercício de reconstrução critico-reflexivo da racionalidade e da intencionalidade metódica que lhe vem associada e que enforma os conceitos de “justo” e do “útil” na contemporaneidade, em contraponto com a bipolar utilização ideológica do princípio da utilidade na Idade Moderna, por Marx e Bentham.

Mesmo que por direito se pretenda denotar um *mare magnum* de regulação circum-navegável, em volta do restrito continente do “direito estatal”, como pretendem, sem recurso a esta imagem, autores que se situam no quadro teórico da doutrina do “pluralismo jurídico” (60), onde a unidade de “escala” constitui o elemento simbólico distintivo das diferentes ordens de regulação, a que vão associar-se uma maior ou menor formalidade e uma maior ou menor preponderância dos dispositivos coercitivos que acompanham a sua aplicação, mesmo então, sempre se haveria de reconhecer, como fundadamente sustenta A. Castanheira Neves, que: “o direito se diferencia universalmente como direito ao constituir uma específica ordem de validade, em que o homem se reconhece com uma irreduzível dimensão ética” (61).

E para que possa constituir-se como tal, isto é, como *ordem de validade em que o homem possa rever-se na sua dimensão ética*, o direito deve aparecer como ordem normativa legítima: legítima, enquanto *nomos* regulador do todo cosmo-político, “sobrecódigo” deleuzeano que recobre todas as ordens de discurso, onde “legitimidade” é termo correlato de “legalidade” e constitui a acepção positivista, estatista e formalista de direito; mas, sobretudo, fundadamente “legítima” enquanto normatividade que, sem deixar de adequar-se aos valores socio-políticos do tempo presente, de forma alguma abdica de estabelecer-se como “medida diametral” ou “dimensão”, análoga àquela que

Hölderlin e Heidegger nos propõem: entre a imanência dos sulcos do homem sobre a Terra e a transcendência onde se manifesta o “desconhecido” (a divindade) que assim (desconhecida) deve permanecer e manifestar-se para que possa constituir-se como medida.

A esta bipolaridade parece referir-se W. Fikentscher em *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, convocado por Fernando Bronze, ao sugerir que ao longo de toda a Idade Contemporânea o pensamento jurídico europeu-continental dominante se terá caracterizado por uma *oscilação pendular* (*Pendelschlag*) entre a doutrina do positivismo jurídico e a do direito natural. Segundo Fernando Bronze, este “permanente *ir e vir* de uma para outra destas duas orientações”, faz com que alguns tendam a representá-las como contraditórias (v.g. V. Art. Kaufmann), “segundo o simplificante esquema mental de *recíproca exclusão*” que o leva a tomar a postulação de “normas jurídicas válidas para todo o sempre” como uma verdadeira “vilipendiação frontal o *credo positivista*” (62).

Face a esta pretensa exclusão recíproca das doutrinas do direito natural e do positivismo jurídico, F. Bronze, remata dizendo: “A verdade, contudo, é que facilmente constatamos também que elas se encontram em muitos pontos não despidiendos. Assim, a orientação comumente axiomática destas correntes, o respectivo cumprimento na codificação e o racionalismo teórico que as caracteriza a ambas (...) são notas desveladoras de um “parentesco” que não pode disfarçar-se” (63).

Como reforço, espécie de *Backing* toulminiano daquela tese de F. Bronze sobre a consistência do mencionado “parentesco”, Castanheira Neves dá testemunho da existência de uma “forte analogia a nível justamente metodológico, já que a sistemática axiomáticamente conceitual e dedutiva com que o jusnaturalismo elaborou a sua dogmática, acabou por ser assimilada pela dogmática também sistemático-conceitual do positivismo jurídico (pela dogmática do “positivismo científico” na expressão de Wieacker...) - do mesmo modo que viam nessas duas dogmáticas sistemas fechados de uma auto-subsistência racional (lógico-racional) para uma aplicação racionalmente dedutiva ou lógico-substantiva - o *paradigma da aplicação*” (64).

Já nas razões expendidas por Hannah Arendt sobre o infundado dos Direitos Humanos em suposto terreno do Direito Natural, já na evocação feita

por Perelman ao colapso da ideia da Lei-valor-absoluto que o Julgamento de Nuremberga pôs a nu, se nos oferecem indicadores da presença de uma intencionalidade metodológico-jurídica que começou a soerguer-se na última década do século XIX e prossegue hoje orientada para a reconstrução de índole crítico-reflexiva do direito, de que entre nós paradigma a obra do professor Castanheira Neves.

Em sobreposição a esta tomada de consciência persistem as marcas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, orientados por intencionalidades que, por uma inusitada convergência, “acabavam por culminar na *lógica*”. O índice que melhor designa a “morfologia” dominante do pensamento jurídico chegado até nós, é-nos revelado pelo professor Fernando Bronze quando diz que o pensamento jurídico contemporâneo se tem caracterizado, por numa “oscilação pendular” entre “jusnaturalismo” e “positivismo jurídico”, não obstante serem intrinsecamente distintos quanto à sua fundamentante índole intencional.

No amplo esforço crítico-reflexivo realizado no pós-guerra, permita-se-nos que incluamos, pela sua reconhecida marginalidade face ao pensamento jurídico de “Escola”, Chaïm Perelman e de Hannah Arendt: o primeiro, preocupado com a superação da racionalidade e intencionalidade metodológica de um positivismo jurídico puro e duro, a preocupar-se, no limite, com a consistência e eficácia do princípio *et audiatur altera pars*, fazendo intervir a racionalidade argumentativa como garantia da democraticidade no campo da aplicação da lei positiva; a segunda, mais preocupada com a fragilidade em que assenta a postulação jusnaturalista dos direitos humanos e a sua defesa, já que vê abandonados à guarda da boa-fé de “consensualistas” como Perelman, Habermas, *et al*, a propor a “reconstrução dos direitos humanos”, a partir da validade exemplar da “situação limite” por ela pessoalmente vivida na privação de todos os direitos humanos fundamentais, resultado da perda do vínculo de cidadania.

Em termos hegelianos a “situação limite” surge como o momento dialéctico por excelência da empresa arendtiana de reconstrução dos direitos humanos. Todavia a autora entende não ser a dialéctica hegeliana do reconhecimento, mas sim o uso das virtualidades do juízo reflexionante estético da *Crítica da Faculdade do Juízo* de Kant, a via a empreender pelo

seu esforço reconstrutor, já que o *juízo reflexionante estético* se lhe oferece ajustado para conhecer e julgar o evento singular, como se revela também apto para comunicar os seus resultados e, no limite, é garante de vinculação intersubjectiva a um princípio de “validade exemplar” sobre o qual se possa escorar toda a reconstrução dos direitos humanos.

A proposta do professor Castanheira Neves, no sentido de a razão assumir intencionalmente uma certa prática, em vista da reconstrução crítico-reflexiva do direito, constitui um desafio teórico em cuja contiguidade gostaríamos de nos situar. Tomemos, para tanto, a noção mesma de “realização do direito”, cujo sentido e perspectiva metódica sabemos determinados pelas contingências historico-culturais do universo jurídico em que se integra (65). Importa, antes de mais, encontrar o sentido próprio de uma actual realização do direito e a metodologia exigida pela sua prática.

Ora a actual realização do direito não pode estar alheia “às materiais exigências normativas de um judicativo decidir problematicamente concreto”, razão pela qual o seu actual sentido não pode ter expressão na prescrição de um método jurídico exegético-formal ideal, a operar logico-dedutivamente a partir da postulada univocidade das normas; nem tão pouco se manifesta na tentação inversa de identificarmos a actual realização do direito com uma “teoria da prática” (na linha de Esser ou de Gröchner), a identificar “realização do direito” apenas com o conteúdo descritivo da realização do direito pelos “práticos” e, entre estes, os juizes.

Na parte introdutória da sua *Metodologia Jurídica*, Castanheira Neves convida-nos a entrar na antecâmara onde se faz luz sobre a forte problematicidade do direito actual, a viver uma situação de “crise”. Crise que se traduz, particularmente, na falta de um “estabilizado *consensus* do seu sentido realizando” (66). É justamente a percepção lúcida dessa “crise” e problematicidade actuais, aquilo que requer e convoca a reflexão crítica do autor sobre problema da realização do direito e reforça a sua determinação no sentido de intervir na orientação dos fundamentos e modo de realização do direito.

Recusando os caminhos viciosos de uma metodologia assumida como exterioridade construtiva, ou então os de uma imanência constitutiva que se limitasse a descrever a própria prática, Castanheira Neves, oferece-nos uma

metodologia que, como ele próprio diz é “pensamento de uma prática para uma prática”, isto é, parte da intencionalidade prática da realização judicativo-decisória do direito, para a ela regressar dirigindo-se-lhe então já numa atitude crítico-reflexiva e reorientadora.

Decididamente o positivismo jurídico, filiado nos pressupostos da “Escola da Exegese”, ao confinar o âmbito da realização do direito à aplicação das próprias normas, revela-se vereda demasiado estreita para a realização dos fins do direito. Da realização do direito se espera, enquanto requerida mediação praxico-poética no seio da comunidade humana, que seja berço das próprias condições que possibilitem nela o reconhecimento recíproco constitutivo do homem-pessoa.

Tomando como paradigma o “entre-dois” tensional que Hölderlin estabelece como “medida diametral”, naquele seu modo que desafia o homem a ir para além da cisão sujeito/objecto, no sentido de encontrar a síntese pacificadora com o *he kai pan* (numa versão que supomos comunitária) e, nesse sentido também, nos convoca a tomar a transcendência como medida e referência para o “habitar como poeta” sobre a Terra, de que nos fala o poeta-filósofo de Francoforte, o direito (na positividade que de todo se não lhe enjeita) poderia bem ter, na mediação do “juízo jurídico”, o *iter* de aproximação assintótica de um ideal de justiça que, apesar de nos ser de alguma forma transcendente, somos compelidos a realizar tanto ética como esteticamente (no sentido aristotélico de *ta kálá, ta dikaia*) na concreta realização do direito, onde se opera uma quase “transfiguração” do “homem-sujeito” em “pessoa-humana” e com ele o próprio direito à vida em valor ético-jurídico.

Teremos de reconhecer que o “direito à vida”, como tudo o que tenha a pretensão de se designar “direito”, haverá necessariamente de ser expreso na forma de lei positiva, ser vigente e convocar um axiológico fundamento da sua validade. Não nos parece por isso adequado pensar o “direito à vida” como mero “construído”, na acepção usada por Hannah Arendt para os direitos humanos em geral, como se fora apenas da mera expressão de uma *voluntas* exercitiva do legislador.

É por demais evidente que a proclamação do “direito à vida” convoca um axiológico fundamento de validade que o retira da alçada de uma sua adjudicação pelo poder. Por isso este direito não pode ser, de facto, expressão

de uma *potestas* ou *voluntas*, enquanto polarizações que são da necessidade do poder, a quem não compete, de todo, a outorga de um direito cujo fundamento onto-axiológico largamente o precede. Isto se diga contra o que, por muitos anos, se supunha e se exercia na vigência do *jus vitae et necis* e contra as contemporâneas e legais “remanescências” dessa adjudicação antiga do direito à vida pelo poder político.

A vontade do Estado pode e deve estatuir as condições em que deve ser punida a violação do direito à vida, mas o fundamento da validade desse direito, que a lei tutela, não tem naquela *potestas* a sua fonte. O seu fundamento só pode encontrar-se num axiológico “dever de respeito pela pessoa humana” e que, pese embora os custos de uma incómoda conotação jusnaturalista, *potestas* humana alguma pode outorgar ou denegar, por ser, apesar de tudo e contra todos os construídos de expressão positiva, um direito conatural ao homem, homem que nasce despojado de tudo, menos da vida. A partir deste pressuposto *prius* que remete para o seu fundamento, está a norma positiva em condições de dele fazer “direito”.

E tendo nós a pretensão de esboçar as linhas de uma arquitectura que realize uma *poiésis* estética do direito e da vida, no pressuposto de um direito que não reconhecemos outorgado por qualquer *autoritas*, se bem que deva por ela ser reconhecido para ser direito positivo, melhor via não temos, para levar a bom porto esta nau, do que aquele canal que se nos oferece por uma modalidade de “juízo reflexionante” estético, também este não vinculado a nenhuma forma de determinação que não seja a da legalidade do entendimento que opera sobre a imaginação num convolar comum e livre.

A potencialidade e dinamismo do juízo reflexionante estético poderá servir de estímulo ao próprio juízo jurídico sintético (de que nos fala Castanheira Neves), ele também a revelar um importante impulso criador na realização do direito, visível no modo como procura prospectivamente a solução jurídica que melhor se ajusta a cada caso, conquanto o tenha de fazer, também ele, no quadro de uma legalidade constituída.

O “juízo”, como nos ensina Castanheira Neves, é o efectivo *punctum crucis* da realização do direito a que cabe “reverter a *voluntas* (decisória) à *ratio* (normativa)” [por um] “raciocínio argumentativamente fundamentante” e

[cumprir a] “judicativa mediação concreta entre a *lex* e a *decisão* e [reconduzir] a decisão a uma fundamentação” (67).

O “juízo”, como aliás nos adverte este autor, tem uma índole intencional diferente da que convoca o “raciocínio”, uma vez que este é, basicamente, o dispositivo inferencial através do qual o discurso se dá a si próprio um fim. Daqui resulta que a sua equiparação ao “juízo” apenas é sustentável, como bem se refere em *Questão-de-facto—Questão-de-direito*, no quadro lógico-formal clássico onde o *prius* concedido ao “conceito”, na sua relação imediata ao objecto, confere ao “juízo” uma mera função “analítica”. É justamente em atenção a esta subalternidade precedente, redutora da possibilidade criativa do “juízo analítico” que o nosso autor postula que só o “juízo sintético” acrescenta algo que não estava antes pensado e faz verdadeiramente progredir o conhecimento. Destarte, o *prius* é conferido ao “juízo” e à experiência (68).

Deste *distinguo* remanescem duas contrapostas acepções de juízo: a de um juízo como inferência e a de um juízo enquanto julgamento. Este, desde sempre associado ao julgamento prático, tem no termo latino *judicium* o seu étimo e no “processo” romano o seu melhor paradigma. Nesta particular acepção, o “juízo” é elevado à condição de “núcleo da realização do direito”, intrinsecamente distinto do “discurso” e dos “raciocínios” que o curso final daquele comporta.

Na *Crítica da Faculdade do Juízo*, Kant parece pretender realizar a compatibilização entre os universos da razão pura e da razão prática, propondo aí uma acepção de juízo que é também *judicium*, no sentido de que “julga” e cuja índole Castanheira Neves define como “prático-argumentativa”.

Para melhor compreendermos aquela sublinhada índole “prático-argumentativa” do juízo kantiano da 3ª Crítica, importa ter presente a caracterização que fizemos do modelo de argumento em Toulmin no capítulo II deste trabalho. O “juízo jurídico” desempenha, no campo da realização do direito, uma função de legitimação mas que não esgota na operação inferencial que cabe à regra de derivação em Toulmin (“warrant”) cuja função melhor corresponde à do “raciocínio” ou “dispositivo” que é parte final do “juízo Jurídico”. A “Warrant” diz apenas: “é legítimo de D (*data*), obter C (*Claim*). O que esta regra resguarda é a competência inferencial da derivação lógica.

A natureza e função do “juízo jurídico” são-nos melhor oferecidas na analogia com o “juízo reflexionante estético” da *Crítica da Faculdade do Juízo* em Kant que, em traços muito gerais, importa aqui caracterizar. Antes do mais, tenhamos presente que o “julgamento estético” em Kant é um julgamento imparcial e desinteressado, pois, como diz Kant no § 39 da sua *Crítica da Faculdade do Juízo*, o prazer do belo que lhe está associado “não é um prazer do gozo, nem de uma actividade legal, tão pouco da contemplação raciocinante segundo ideias, mas de um prazer da simples reflexão” (69) uma vez que o belo, como também dirá Hannah Arendt, na 11ª das suas *Lições sobre a filosofia política de Kant*, “o belo agrada na representação” (70).

Obreira desta construção, a Imaginação é a única das faculdades humanas capaz de cumprir a exigência de tomar presente, enquanto “representação” o que está ausente. E ela fá-lo por uma “operação de reflexão” em que os “objectos dos sentidos” são transformados em objectos “sentidos”, isto é, algo que se interioriza como se fora uma sensação produzida pelos sentidos internos (71).

Sobre a “representação” do objecto, isto é, consumada a remoção da sua percepção directa, estão criadas as condições de um julgamento imparcial, autónomo e sem a afecção de um utilitário interesse. Neste estádio, aquilo que suscita o agrado ou desagrado de quem julga é já uma representação que a imaginação torna disponível através da reflexão para o juízo ou julgamento. O “juízo reflexionante estético” constitui-se, deste modo, sobre uma garantia de imparcialidade em tudo equivalente à “justa distância” do juízo judiciário.

Após esta breve referência ao fundamento da “imparcialidade” do “julgamento estético” em Kant, uma outra se impõe de imediato, relativamente à sua “comunicabilidade”. No § 40 da *C.F.J.*, sob o título *Do gosto como uma espécie de sensus communis*, Kant dá-nos conta de que em presença de algo não-subjectivo num sentido (faculdade) vincadamente subjectivo como é o do *gosto*. Referimo-nos à intersubjectividade. Kant postula aí a existência de um *sentimento humano comum* que, apesar de eventualmente “ainda não cultivado”, caracteriza um “entendimento simplesmente são” que ele designa como *sensus communis*, em termos próprios, *um sentido comunitário* - “o mínimo que sempre se pode esperar de alguém que pretende o nome de homem”, nas palavras mesmas de Kant.

Ora este sentido comunitário (*gemeinschaftlichen*) é justamente “uma faculdade de julgamento” que na sua reflexão considera (*a priori*) “o modo de representação de todo o outro”. Kant postula, no limite e em síntese, que é enquanto membros de uma comunidade que nós julgamos.

Como nos ensina Castanheira Neves, cabe em particular ao juízo jurídico reconduzir a decisão, “à fundamentação exigível”, isto é, à motivação justificadora da decisão obtida, não obstante a utilidade inequívoca da decisão, como afirmação necessária de uma *voluntas* que põe fim ao conflito, mas que, como nos adverte o nosso autor, tem um carácter vinculante e manifesta um poder que, enquanto tal, não consente aferir-se ou reduzir-se estritamente a uma qualquer racionalidade.

Por tudo isso, a concepção de direito que nestes pressupostos vem postulada, parece-nos não dever ser confundida com a do “jusnaturalismo racionalista” que, com a proclamação da Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão celebra o triunfo do Direito Natural na Modernidade, no limiar do próprio século XIX, onde, paradoxalmente se consagra em toda a linha a doutrina do positivismo jurídico, qual vento ciclónico que devasta toda a pretensa fundamentação ontico-axiológica que, não obstante, parece ter resistido, de algum modo, aos ventos da secularização e da positivação generalizados. Deste discreto triunfo nos dá conta, no entanto, R. Bamy, na sua obra *Le Triomphe du Droit Naturel: la Constitution de La Doctrine Révolutionnaire des Droits de L’ Homme (1787-1789)* (72).

Da falência do fundamento jusnaturalista dos direitos humanos nos certifica, e com suplementar argumento de autoridade, Hannah Arendt com o vigor da situação de “validade exemplar” (experiência paradigmática do uso do juízo reflexionante no âmbito da *Crítica da Faculdade do Juízo*), em que dá testemunho da sua própria vivência da “situação limite” enquanto apátrida (*aimatlos*), privada do direito de cidadania e, com esse de todos os demais direitos humanos fundamentais, como o direito à intimidade, à liberdade para pensar, à livre associação e demais direitos.

Isso lhe fez reconhecer, com a evidência que os factos sempre comportam na formação de uma convicção, que os Direitos Humanos são um “construído” e não um dado conatural ao homem, em função do qual possa postular-se, consistentemente, a sua universalidade. Daí a pertinência da sua

empresa que visa a reconstrução dos direitos humanos no seu fundamento, no *iter* do kantiano juízo reflexionante estético da Crítica da Faculdade do Juízo. É justamente este um dos caminhos por nós seguidos, em vista da reconstrução da “dimensão diametral”, onde o “útil” e o “justo” se nos oferecem na sua forma *desinteressada*, numa relação homóloga à do prazer que em kant é dado experimentar na contemplação da obra de arte.

A via da livre tomada de consciência pessoal do que é intrínseco da condição de se ser pessoa humana, por cada um, não deixará livre o sujeito racional, para em consciência se outorgar, exclusivamente a si, direitos não passíveis de ratificação pelo kantiano princípio transcendental da publicidade, mesmo se tecnicamente são chamados “direitos subjectivos”.

Trata-se, afinal de um “reconhecimento” dos outros como cidadãos titulares de direitos, deveres e de razão homólogos, mas que começa em nós, na inquirição ontológica sobre a especificidade do que faz de nós “pessoas humanas” e cidadãos do mundo, esclarecidos do valor essencial da vida enquanto esse “irredutível em que todos os homens se equivalem”, de que acima nos fala Kaufmann, convocado por Fernando Bronze.

Meio século volvido sobre a experiência-limite, que haveria de levar Hannah Arendt a reivindicar a “reconstrução dos direitos humanos” a partir de fundamentos mais consistentes que os de uma fraternidade conatural do homem, formal e utopicamente pressuposta pelo liberalismo que os fez consagrar, hoje, 50 anos volvidos, os conflitos mundiais recentes, em particular o que determinou o êxodo massivo de cosovares, foi de novo pretexto para que, por uma sinistra tomada de decisão semelhante à já cinquentenária, se desapossassem milhares de refugiados do título de identidade pessoal e cidadania. Subitamente se ergueu de novo, nessa ordem, o fantasma a dar razão aos justos receios de Hannah Arendt de um cíclico retorno a um “estado totalitário de natureza”.

A imperativa necessidade de sedimentar o direito na positividade das suas normas não pode, contudo, abdicar do horizonte axiológico de um *direito idealmente constituendo* em vista da sua efectiva realização como direito. O direito não é direito só porque tem a forma de lei positiva. Mesmo se, em coerência com o “princípio da legalidade”, grande número de condutas humanas venham a ser definidas como lícitas ou ilícitas mais em resultado de

um critério de oportunidade, definido pelo legislador, do que em resultado da sua conformação com os ideais superiores da Justiça.

A despeito dos que defendem um conceito unitário do direito, pensamos ser mais sensata a ideia, que compartilhamos com o professor Castanheira Neves, de que compete privilegiadamente a quem interpreta e aplica a lei, que não ao legislador, a tarefa da realização do direito. Se a tarefa do primeiro é relevante e imprescindível, ela estará sempre refém de uma pré-suposta perspectivação estratégico-finalística distinta da efectiva realização do direito. Terá sempre associada a definição ideológica e de conveniência de quais são, num dado momento, os centros de dominação a eleger, para aí, como ensina Boaventura Sousa Santos, concentrar o zelo administrativo, legislativo e os dispositivos coercitivos. A este enunciado sentido não é estranho o que vem associado à constituição ideológica do conceito de “delinquência” que Foucault denuncia em *Surveiller et Punir* e que fez vencimento no início do século XIX.

A aplicação do direito não pode furtar-se à realização de uma utilidade instrumental, como a que resulta do dirimir o conflito entre as partes, ou aquela que obtém a sociedade politicamente constituída, “sociedade da informação”, que afere a eficácia dos tribunais pelo número de casos resolvidos, indicadores securizantes face à violência na sociedade (real e/ou imaginária), mas também capazes de desempenhar a finalística função de dissuasão da conflitualidade social. A realização do direito assim entendida tange a prossecução finalística de resultados cuja eficácia é aferida, muitas vezes, pela lógica tecno-estatística quase sempre perversa nas leituras manipuladoras que consente.

A realização do direito e da justiça não deve confundir-se com uma intencional prossecução de tais utilidades ou com o saciar de todos os caprichos de um sujeito narcísico que faz do direito o génio da sua lâmpada de Aladino. A realização do direito pode sobretudo ser entendida como *jurisprudencia*, aplicação prudente e equânime da lei, realização mesma da justiça, no seio de uma comunidade humana politicamente constituída onde a “cada um” é fundamentalmente devida a titularidade paritária do *dever de respeito pela pessoa humana*.

A referência primeira e positivamente formulada a de um ideal superior de justiça e ao dever de respeito pela pessoa humana, vemo-la nos princípios e valores que obtiveram consagração nas declarações dos direitos do homem,

nas convenções e tratados que tomam vinculativo o respeito pelos “direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”, bem como nos princípios materiais vertidos nos textos constitucionais dos diversos países. Poder-se-ia dizer que, no quadro de um concreto ordenamento jurídico, haveria de competir muito especialmente à Lei constitucional, enquanto lei positiva estruturante, estabelecer dele a adequada matriz axiológica.

Neste pressuposto, a Lei constitucional poderia bem ser o referencial ético de uma dada comunidade jurídica, não obstante ser de boa prudência reconhecer-se o mérito à oportuna advertência de Perelman, em *Éthique et Droit*, que considera efémera a vigência de tais princípios constitucionais por variarem em função das flutuações do sistema e do critério de oportunidade que atinge preferencialmente, como se sabe e disse, a produção das normas regulamentares (73).

No mesmo sentido vai a advertência de A. Castanheira Neves que diz ser “um erro pensar que esses mesmos valores e princípios jurídicos fundamentais, que ao direito indefectivelmente importam, se reduzem aos dessa forma reconhecidos ou que só mediante esse reconhecimento poderão ser juridicamente relevantes. Até porque [acrescenta o nosso autor] a última expressão da juridicidade não pode, desde logo, identificar-se com a constitucionalidade. Para além da normatividade constitucional, e a submetê-la, há que referir a axiologia transpositiva da consciência axiológico-jurídica de que não dispõe o positivo constitucional ou de que não é titular sem limites o poder constituinte, como quer que ele se afirme” (74).

Na perspectiva de Perelman, é no próprio direito, enquanto legado de uma prática jurídica historicamente constituída, que encontramos o elemento de salvaguarda de um fundamento ético mais persistente.

A proposta de Perelman vai no sentido identificarmos no direito vigente noções de conteúdo ético, (v.g. a “boa e da má fé”, a “má intenção”, os “bons costumes” e a “equidade”) bem como regras, escritas ou não, que são aceites pelos juristas e constituem como que o sedimento formado ao longo da história do próprio direito, remontando algumas dessas regras às primeiras sistematizações do Direito Romano.

Pela sua forma lapidar e luminosa visão da realidade jurídica, algumas dessas regras adquiriram uma respeitabilidade e uma consistência que as

consagrou como “princípios gerais do direito”. São eles, por isso, um bom indicador de uma histórica de indelével vinculação do direito a um universal fundamento ético e a uma ideal realização da justiça.

Projectando no domínio jurídico o pensamento especulativo de Heidegger sobre o poema de Hölderlin, sempre diremos que se a “Justiça” pode ser aquele “transcendente” que, veladamente, se manifesta, permanecendo desconhecido, caberá então ao direito, na pressuposta condição de ter assentes os seus pés sobre a terra (tendo em conta a concreta realidade humana), produzir poeticamente a manifestação da justiça num processo mimético em que convive virtuosamente com o erro no propósito de errar o menos possível. Assumindo-se assim, o direito constitui-se inegavelmente como a verdadeira “dimensão diametral” capaz de manifestar e tornar imanente a “justiça” no quadro da concreta aplicação do direito, deixando entrever no fundamento da decisão o fundamento do direito aplicado.

Ora o lugar deste desconhecido, com o qual a comunidade dos homens (aquela a quem Kant, no § 40 da sua *Crítica da Faculdade do Juízo* outorga o *sensus communis*), se mede para realizar a sua finalidade última que é a sociabilidade, no seio de uma comunidade politicamente organizada, pode ser tanto a heideggeriana “divindade” (a que conferimos a personificação de um ideal de justiça), que se manifesta no céu esboçado pelo traço pictórico do poeta Hölderlin, como bem ser uma eidética ou ideal projecção do homem, não o homem enquanto ser racional e capaz de moralidade, mas o homem-pessoa cidadão do mundo e espectador privilegiado do espectáculo da vida.

Em termos jurídicos esta via prospectiva leva-nos, em termos kantianos, a uma confrontação com o ideal de uma comunidade política de homens capazes do *sensus communis*, a “Humanidade”, já que o homem enquanto ser racional, autónomo e capaz de tomar para si a “lei moral” nos situa em Kant não já no plano da sociabilidade, onde se realiza o direito, mas no plano da moralidade. É evidente que o “imperativo categórico” se presta excelentemente a ser critério para uma justa decisão, como bem se mostra na consentida adequação da “Regra de Justiça” de Perelman ao raciocínio judiciário: *decide de tal modo que os critérios da tua decisão possam valer como critério universal de decisão*.

Estamos pois perante uma eticidade bipolar: a que vai referida àquele que tem a função de ser juiz e que se deixa exprimir no kantiano *Imperativo categórico* [seja em causa própria (exclusivamente ético-moral), seja na da responsabilidade jurídica de julgar como terceiro imparcial]; e uma outra, a que vai referida ao cidadão enquanto tal, titular da faculdade do *sensus communis* e, enquanto tal capaz do reconhecimento da humanidade do outro, fundadora do jurídico dever de respeito para com a pessoa humana, em nós e nos outros.

É este homem dotado de *sensus communis* aquele que é capaz de exemplarmente desempenhar a nobre condição de cidadão (como no-lo faz notar Hannah Arendt, nas suas *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*) uma vez que, para uma conduta social exemplar deste cidadão, é de todo irrelevante a consciência moral pela qual ele age ou determina a sua conduta, conquanto ele o faça em conformidade com as normas da sociedade. Esta ideia sintetiza-se excelentemente no aforismo kantiano, ali também evocado por Hannah Arendt, que diz *que se pode ser um bom cidadão, apesar de se não ser moralmente uma boa pessoa*.

Fernando Bronze convida-nos a elevar a discussão do problema para um outro nível, nesta tão oportuna quanto precisa elucidação : “Só por referência a uma instância extraposta é que o homem logra “sentir-se responsável” (*Sich-verantwortlich-Fühlen*) e se relaciona *eticamente* com os outros [cf. W. Fikentscher, *Methoden des Rechts...*, p. 461, nota 745] e é esta complementaridade da salvação e da dialógica eticização da *praxis* que nos convoca a assumir o primado da vida (o irreduzível em que todos os homens se equivalem [cf. Art. Kaufmann, *Gerechtigkeit - der vergessene Weg zum Frieden*, p. 25, nota 746] como (pressuposto) *dogma prático* radicado na própria dignidade da pessoa [cf. M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, p. 65, nota 747] (75).

O que aqui primordialmente se questiona é a ideia de sujeito pressuposta pela ideologia liberal, isto é, a ideia do homem plenamente racional e “*auto-nomos*” (o que dá a si próprio a Lei), e que, nesse sentido, apenas responde perante o tribunal da sua razão. Fernando Bronze como que lhe contrapõe, numa iluminada intuição, a vida enquanto “dogma prático” ou o “irreduzível onde todos os homens se equivalem”, e que o nosso autor convoca

para ser fundamento da eticidade da *praxis*, enquanto acção comum. Ora, se ao direito cabe configurar a realidade social, o que aqui se faz é a própria reconfiguração do direito, empresa que de algum modo se completa na própria “transfiguração” do homem-sujeito em pessoa-humana, num sentido que tanto tem de ético como de estético. Fernando Bronze reivindica, por isso, a convocação do outro (que acima se nos oferece também numa dimensão salvífica) mas que é essencialmente o outro do dialógico comunitário e do recíproco reconhecimento, condição mesma do processo maiêutico que dá à luz a pessoa-humana.

A partir deste limiar, começa a ser-nos possível o esboçar de uma resposta à questão de saber se “justo” e o “útil” que os utilitarismos (da retracção subjectiva e da funcionalidade estratégica) tornaram incompatíveis, poderão conjuntamente realizar-se pela mediação do direito, numa comunidade politicamente constituída sobre uma desigualdade *poiética* estruturante. Fazê-lo pressuporia, contudo, realizar numa comunidade humana, não apenas a utilidade da justa distribuição (já de si assente na desigualdade das muito antigas disparidades *poiéticas*, pressupostas no *suum cuique tribuere*), mas a que seja também capaz de, numa superação homóloga à que é sugerida pelo kantiano “interesse desinteressado” da *Crítica da Faculdade do Juízo*, contribuir para realizar uma concreta comunidade política de um mais elevado *sensus communis*, onde cada um fosse capaz de ultrapassar o sentido do ter e a mera responsabilidade de impositiva obrigação retributiva (de sentido jurídico estrito) que lhe está associada, para a reassumir já num sentido ético novo que aponte para a realização uma justiça mais profunda e mais justa, numa comunidade de pessoas humanas solidárias.

Num particular contributo pedagógico para esta empresa, caberia então ao direito, a particular função de levar a seu termo a “finalidade longa” de toda a decisão judicativa, promovendo o simultâneo e recíproco reconhecimento do outro como pessoa-humana, titular do “dever de respeito”. Num primeiro momento, a superação mesma da presente assimetria entre o “justo” e o “útil”, parece convocar, por um lado, o quadro utópico de uma comunidade ideal de pessoas e, por outro lado, a concretização de uma, também ideal, intencionalidade política de base igualitária, capaz de superar as disparidades

poiéticas, à imagem daquela que Marx preconizava, tendo como padrão do “justo” o *ison* do valor de trabalho de cada um.

Parece-nos decisiva a questão, que aqui apenas podemos deixar em aberto, de saber até que ponto instituições justas serão capazes de realizar “a justiça como equidade” no quadro de uma sociedade da livre concorrência, atravessada pela intencionalidade estratégica dos mercados financeiros e dos oligopólios. Como, então, realizar a justiça, sem repor a justiça, sem esbater as desigualdades gritantes de um concentracionismo monopolista sem nome e sem precedentes ? E, por último, como alterar este quadro sem alterar os dispositivos de serviço a uma racionalidade utilitarista onde o “maior bem” é o “maior lucro” ?

Não pode ser este, de facto, o mundo socialmente mais justo e politicamente o mais conseguido, feliz ainda que está na embriaguez trazida pelo graal das liberdades negativas da geração libertária da Revolução.

Mas também a história amargamente nos ensinou que a Terra Prometida da superação de todas as disparidades *poiéticas* e de toda a exploração do homem pelo homem, que estão no limiar do processo e são resultantes do modo de produção capitalista, convoca, logo após, a superação de novas e inesperadas contradições. Daí que à questão central que acima propusemos, se nos imponha responder que, em presença do sofrido reconhecimento de vivermos numa sociedade estruturalmente injusta, mais se reforça a necessidade de aí fazer intervir o direito como actividade *praxico-poiética* que visa intervir, pratico-argumentativamente, na superação terrena das dissensões no seio da comunidade humana. Mesmo que isto se faça sem realizar ainda a *síntese* pacificadora com o ser de que fala Hölderlin, no “Prefácio à penúltima versão de *Hyperion* (1975)” e no seu texto anterior “*Seyn - Urtheil - Möglichkeit*”. Posição esta que não é muito distinta da de Isaak von Sinclair, para quem, na opinião do professor Carmo Ferreira, a “composição originária” não resulta de uma qualquer contraposição mas é simplesmente “posição”, isto é, *Athesis* (síntese da teoria e da prática) e *Eis-thesis* (fruição estética da beleza) em presença do *hen kai pan* (o ser e tudo) (76).

Os caminhos da contractualização e da funcionalização da justiça, ou a alternativa última do “não direito”, não nos parecem ser, na sua semente de intencionalidade, nada que se constitua como melhor alternativa ao direito.

Mais fecunda se nos depara a via da reconstrução crítico-reflexiva do lugar e função do direito neste nosso espaço público contemporâneo e na cooperação que lhe cabe, em vista da superação das antinomias nele latentes.

Não nos parece intelectualmente consistente e sério oferecer-se a “coexistência” estacionária entre os pólos conflituantes da nossa sociedade (v.g. a coexistência dos direitos subjectivos de par com toda a organização de massa, como resposta que os não realiza de todo), como “solução” das antinomias da sociedade contemporânea, isto é, como algo que encontrou no “espaço público alargado” uma enseada pacificadora com que se baste, mesmo que se diga numa dialéctica tensão que só um espaço público tão alargado comporte, sem no entanto resolver. Isto porque, nessa tensional relação, há pessoas e sofrimento que não tem unguento na racionalidade acabada de uma funcionalidade estratégica, ou numa metafísica fruição da beleza como síntese real do *hen kai pan*.

A inquirição retrospectiva levou-nos à presença do tribunal da razão, cuja sede é o sujeito racional, moralmente autónomo, mas onde também o homem capaz de formular a lei moral - o imperativo categórico - cede lugar ao “chacun” de que fala Ricoeur na sua obra *Le juste*, capaz do kantiano *sensus communis* que o torna apto a compreender a utilidade de agir, enquanto membro da comunidade jurídico-política, de acordo com as prescrições do direito. É este homem moderno, o bom cidadão kantiano, na sua moralidade “legalista” de *homo juridicus*, aquele que socialmente apenas se compromete com uma formal e mítica vontade geral expressa na lei, que importa ultrapassar, seja na sua figuração moderno-iluminista ou na sua consumada projecção narcísica de alguém que se assume primacialmente como titular de direitos subjectivos, a rever-se num utilitarismo subordinado a um princípio de maximização do prazer.

John Rawls, com a sua obra *Theory of Justice* (77), situa-se muito claramente num andamento que pretende a ultrapassagem do *homo juridicus*, mas que não deixa ainda de situar-se na faixa da modernidade, isto pelo retomar do tema da justiça social, a que não pudemos deixar de aludir acima, retomando o tema do contrato social, caro a Hobbes, Rousseau e Kant, apesar de o fazer em novos termos. Como no-lo observa Visser't Hooft “les contractants qu’imagine Rawls ne se préoccupent pas seulement de la

dimension politico-juridique de leur coexistence future: ils se soucient également de la distribution des chances et ressources matérielles, c'est-à-dire de tout ce qui est concrètement (économiquement) nécessaire pour garantir, dans l'état de société, la possibilité d'un accomplissement individuel. Le contrat social de Rawls est donc un contrat moderne: le contractant est *homo oeconomicus*" (78). É muito claro o propósito de Rawls de ultrapassar um utilitarismo que se revê na maximalização do prazer e o cepticismo bloqueador em matéria de valores que lhe vai associado. Mas, como em outro momento se disse, a empresa de Rawls é ainda a de constituir uma sociedade como empresa de distribuição, filiada ainda no *suum cuique tribuere*.

A ultrapassagem mesma, em vista de uma sociedade de cooperação, poderá ter o seu primeiro momento num reconhecimento a pressupor um novo olhar sobre o outro, que me transcendente sendo-me semelhante, se esconde manifestando-se-me, no seu fascínio de irredutível desconhecido: do outro como pessoa-humana a respeitar e não apenas na sua condição de sujeito jurídico. Esta ultrapassagem levar-nos-ia, porventura ali onde o direito devesse apenas intervir para sancionar a ausência daquele reconhecimento, a única, devida e tutelada retribuição como valor.

A realização do direito na via judicativo-decisória da sua concreta aplicação, convoca certamente uma "justa distância", condição que possibilita recriar a liberdade necessária de um juízo equidistante e decidir, no interesse de todos, a favor da equidade e da justiça. Neste sentido a aplicação do direito e a arbitragem dos conflitos humanos é algo que, de modo algum, a lei moral só por si estaria apta a realizar. Só uma comunidade politicamente organizada pode constituir os semelhantes como sujeitos de direito e estabelecer a "justa distância" que define o lugar do "justo" de que fala Ricoeur.

Acresce, ainda, a suplementar dificuldade de a concretização do direito, quer na sua produção legislativa, quer na sua concreta aplicação, ser obra humana. De onde as decisões, produzidas no âmbito da aplicação do direito, nem sempre obterem da comunidade jurídica o reconhecimento da sua justeza, mesmo que de todo se não questione a *bona fides* do juiz a quem se pede, em particular, uma esclarecida interpretação dos factos e uma boa adequação do direito ao *casus*. Sabemos que a visibilidade dos factos e do direito a aplicar quase nunca é dada de forma tão evidente que dispense

ponderações sobre valores e, muitas vezes, o recurso ao horizonte normativo dos princípios gerais de conteúdo impreciso. De onde, também, o contributo de uma racionalidade prático-argumentativa, que sustenta a judicativa formação de uma presunção justa, a afirmar - se como parte de uma necessária realização dialógica do direito.

No entanto, o que aqui se manifesta potenciador de uma dificuldade hermenêutica é, porventura, a única condição de possibilidade de uma decisão que compromete quem julga com quem é julgado, sendo, simultaneamente, o que permite aplicar a justiça como equidade. Daí o reconhecimento, quase unânime, da importância da convocação obrigatória e correctora dos princípios gerais do direito, mesmo quando estes não tenham expressão positiva na lei.

O princípio do “direito de defesa”, que se exprime, desde os romanos, no brocardo latino “*audiatur et altera pars*”, é ilustrativo de uma perenidade e ancestralidade *jurisprudencial* cuja convocação se não dispensa. Do nosso ponto de vista ele é intrinsecamente constitutivo de uma ética da reciprocidade, de uma igualdade de oportunidades comunicativa e fundamento de uma sociedade democrática. À semelhança daquele, existem nos nossos Códigos Civil, Penal e Processo Penal muitos outros princípios que são enformadores de normatividade ético-jurídica e que se exprimem através de normativos relativos à responsabilidade, às diferentes espécies de delitos, à admissibilidade de testemunhos e às diversas formas de presunção.

Na economia do nosso trabalho, em que procuramos inquirir o valor da vida humana do ponto de vista jurídico e nas suas articulações com o “justo” e o “útil”, ganha particular visibilidade o “dever de respeito para com a pessoa humana” como paradigma que é de um princípio geral do direito, reiterada e redundantemente inscrito em diversos diplomas legais, mediante formulações tão diversas quanto o deixam entrever o teor e forma de artigos como os que tutelam o direito de personalidade, no Código Civil, ou o direito à vida como bem jurídico fundamental, no Código Penal.

Em todo o caso, é inquestionável que a ele se conformam, por preceito exposto na Lei, o direito à vida, os direitos de personalidade e, no limite, todos os demais direitos do homem, mesmo que nestes se incluam os designados “direitos humanos de terceira geração” pois, mesmo aí, se terá por pressuposto o dever de respeito pela pessoa humana. Poluir, degradar, atentar contra o

património comum da humanidade, poderá não conflitar com os clássicos direitos subjectivos e ser até a própria expressão paroxística da sua fruição desregrada mas, seguramente, essas manifestações constituem um atentado contra o pleno desenvolvimento da pessoa humana, isto é, contra direitos humanos que só se realizam em comunidade.

Em momento anterior se disse que o segredo da consensualidade conferida aos direitos humanos fundamentais reside, muito particularmente, na sua genericidade abstracta e na natureza vaga dos conceitos que os enunciam. Daí que o unanimismo seja quase sempre quebrado apenas no momento em que se discute o seu conteúdo, aquando da sua concreta aplicação. O conteúdo preciso de tais direitos torna-se função de razões várias, como as da diversidade cultural em que se entalha o seu sentido e condiciona a sua interpretação, ou, como também acontece, a do princípio de oportunidade, ditado pelas estratégias juridico-políticas concretas de cada Estado soberano que os ratificam sob alguma reserva.

A disparidade de sentidos que alguma interpretação dos direitos fundamentais nos oferece, designadamente no que respeita à salvaguarda do “direito à vida” da pessoa humana, coloca-nos frequentemente na fronteira que separa a legalidade da legitimidade. A título ilustrativo se diga que o dar voluntariamente a morte a alguém, mesmo que em resultado da apreciação judicativa da sua conduta dolosa e num quadro de legalidade constituída, nos confronta, inapelavelmente, com a questão do fundamento e validade ético-moral de uma tal “justiça penal” que se pressente filiada ainda nos traços ancestrais da vingança de que fala Ricoeur. Dir-se-à, por isso que, enquanto “válido dever-ser que é”, o direito não pode ser e aparecer como a expressão paroxística da própria violência, já que num Estado de Direito, ele deve justamente constituir-se como conjunto de alternativas a toda a manifestação de violência na sociedade (79).

Por isso, fará muito sentido dizermos que a exigência moral desta auto-contensão é um dos elementos constitutivos da específica ordem de validade a que chamamos direito e que só ela permite que o homem se possa reconhece nele na “irredutível dimensão ética” de que fala o professor Castanheira Neves. Sob este entendimento, não bastam ao direito, para ser direito, que se distinga de outras ordens de regulação, já pela escala a que recubra e regule as

práticas sociais, já pela positiva legalidade das suas normas, ou sequer pelos dispositivos coercitivos que acompanhem sua aplicação. Estes traços distintivos filiam-se ainda numa perspectiva que pondera ainda o que é accidental e inessencial no direito e, desse modo, não perspectivam um adequado fundamento material da sua validade. Neste sentido, terão de ser considerados elementos de relevância menor para a dilucidação da questão do direito como específica ordem de validade.

Reconhecemos, entretanto, que a representação do direito, *latu sensu*, pela metáfora de uma “cartografia simbólica das representações sociais”, de que nos fala Boaventura Sousa Santos, encerra virtualidades operativas (em sede de investigação em Ciências Sociais) que ajudam a obter uma perspectiva sistémica e integradora da multiplicidade dos dispositivos de regulação social e a esboçar sínteses explicativas da sua articulação e funcionamento. A regulação assim entendida, constitui um amplo universo onde cabem o direito estatal, a auto-regulação deontológica, bem como as diversas formas de controlo social efectivo, de bairro ou de empresa, onde a escala de regulação a que operam é tanto maior quanto mais próxima e detalhadamente operar o controlo da conduta do cidadão.

Dir-se-à, por exemplo, que, em função da concentração e sobreposição de múltiplas ordens reguladoras sobre mesmo espaço de dominação, cada cidadão se torna compulsivamente um infractor, na medida em que para sair ileso de uma dada ordem de regulação logo cai na malha de outra ordem reguladora. Atente-se, porém, que em face de uma tal perspectiva, que se esboça num quadro topico-teórico do “pluralismo jurídico”, perfectibiliza e justifica em si mesma, de forma acabada, o postergar da responsabilidade individual, pela via da sua imputação genérica à sociedade onde a responsabilidade pessoal se dilui.

Por todas e sobretudo pela última das razões evocadas, não podem ser as escalas de regulação, o grau de coercibilidade ou a legitimidade juridico-política que acompanhe a sua concreta aplicação, as necessárias e consistentes razões capazes de fundar a “especificidade da validade” do direito. Só o sentido de um fundamento axiológico e comunitário das condições de validade do direito, enunciado por Castanheira Neves, nos permite compreender os contornos de uma pressuposta validade do direito no nosso

tempo, bem como entender porque é que Ricoeur diz que o direito se situa “a meio caminho entre a moral e política” (80).

Paul Ricoeur e Castanheira Neves levam-nos a reconhecer que a normatividade jurídica, para além da sua impositiva legalidade, deve reivindicar-se de um fundamento ético-moral, que ambos revêem na persecução do *telos* da realização da Justiça, e neles se não confunde com a realização estrita do “justo segundo a lei”. Na introdução da sua obra *Le Juste*, Ricoeur evoca a noção de *equitativo*, enunciada por Aristóteles na *Ética a Nicómaco*, para lhe fazer equivaler uma acepção de “justo” capaz de operar como correctivo da justiça legal.

É inegável que o direito, enquanto ordem de validade específica que visa a realização da justiça, não está imune à “intencionalidade”, à “modalidade metódica” e à “índole da (...) racionalidade” próprias do nosso tempo. Serão estas variáveis que, na sua sincrónica coexistência e complementaridade, nos poderão dar o “sentido concreto da validade que [o direito, hoje] constitui e realiza” (81).

Mas, porque assim é, em face de uma racionalidade dominante de índole utilitarista que tanto idolatra a pessoa na sua retracção narcísica, como, no mesmo movimento, a despersonaliza e submerge, em nome de uma funcionalidade estratégica onde a pessoa não cabe e não conta, só por um esforço critico-reflexivo reconstructor se poderá e deverá dizer que “o sentido concreto da validade” do direito se deve expressar, no tempo presente, num único e fundamental princípio - o do *dever de respeito para com a pessoa humana*.

Este dever de respeito para com a pessoa-humana, reconhecido unanimemente como princípio geral do direito, surge à nossa reflexão como se fora, de facto, a pedra angular de uma arquitectónica realização da justiça, entalhada entre a responsabilidade e o reconhecimento. Só que os ínvios caminhos da razão contemporânea, acima enunciados, não têm consentido nem uma coisa, a responsabilidade, nem outra, o reconhecimento.

Com maior ou menor aceleração, as modalidades do “útil” e do “justo” não terão escapado a variação das condições histórico-culturais de cada época e com elas o “sentido concreto da validade” do direito. Em particular, vimos já

como os ventos da secularização e da positivação, em campo aberto, sopraram na Modernidade, parecendo varrer, à sua passagem, todas as referências onto-axiológicas associadas ao direito natural e universal e com elas o “pequeno grão de ouro guardado no coração de cada um”, como algo de especial que nos era intrinsecamente conatural.

O direito inicia um processo de despojamento de todas as conotações de natureza moral, numa espiral de intencionalidade que se manifesta entre nós, muito particularmente em Direito Penal, como nos dá conta a doutrina. Maia Gonçalves, Figueiredo Dias e Costa Andrade são unânimes em esclarecer que as alterações introduzidas no Código Penal cumprem o objectivo de erradicar do direito criminal todo o dogmatismo moral, como bem se afirma no princípio da autodeterminação sexual, “ficando no âmbito dele somente as condutas sexuais que ofendam bens jurídicos fundamentais das pessoas no que concerne à sua livre expressão do sexo” (82).

Inapelável e consequentemente, alterou-se também de modo profundo o sentido do “útil” e do “justo” que vemos transformarem-se em “utilitarismo” e “tecnocracia funcionalista”, respectivamente.

A poesia, essa, vimo-la aparecer na Modernidade como estrita poesia literária - suplemento de alma que vem suprir o vazio deixado pela alienação gerada pelo sistema de produção, mas que, por outro lado, se terá tornado equilibrador que realimenta retroactivamente o sistema gerador das próprias disparidades poéticas.

Ora, a co-variação diacrónica do “justo” do “útil” e da “*poiésis*” outra coisa não é do que a expressão das próprias mutações axiológico-culturais implicadas também na variação do *sentido concreto da validade* do direito. A variabilidade histórica do “útil” e do “justo”, referidos ao direito, depara-se-nos, em si mesma, como expressão de uma transformação humano-histórica complexa, a envolver tanto “factores exógenos”, referidos ao quadro geral do pensamento, como “factores endógenos”, ou relativos às transformações internas do próprio direito, de que nos fala Castanheira Neves em “Pessoa, Direito e Responsabilidade”.

No entanto, no contraponto de todo este movimento que acelerou, tanto no plano dos factores exógenos quanto endógenos, o resvalar do direito para uma funcionalização utilitarista estratégica, encontramos sempre acesa a

chama crítico-reflexiva de muitos, que pensam, contra a corrente, o sentido da sua reconstrução, não em termos de um retorno a uma intencionalidade pré-moderna, mas no sentido de uma reconfiguração, pelo direito, da realidade social deste fim de século.

Hannah Arendt e Ricoeur, empreendem esse caminho pela via do fenomenológico acontecer de uma experiência humano-individual fundante, ela pela experiência reflexiva da “experiência limite” de um despojamento que varre a própria intimidade do “pensar sozinho mas acompanhado”, pressuposto de uma vida intelectual activa; ele, pela incursão introspectiva em busca da pessoal e fundante experiência ontogénica, que encontra sob a forma de uma inocente, inaugural e quase-mítica indignação moral face às injustiças que varreram na infância a nossa crença ingénua na justiça e na palavra dada. Massini, numa iniciativa que não é muito distinta da que move Jean-Marc Trigeaud, propõe-nos a via da superação do monismo epistemológico, artificial e estratificante, a levar a cabo por uma ontologia da vida humana e cultural capaz de complementar o direito. Com isso Massini orienta as suas energias para a consecução de uma satisfação das pretensões do indivíduo que não ameace os direitos das pessoas, como se disse no capítulo IV.

De alguma forma fizemos nossa a intencionalidade e a metodologia de todos quantos, a partir de um esforço conjugado da consciência e do entendimento buscam reflexivamente integrar o dado fenomenológico da experiência num princípio geral explicativo. Nesse sentido colocámo-nos sob o fogo da crítica dos filósofos do círculo de Francoforte, de que se destacam Hegel, Hölderlin e Schelling, cuja primordial preocupação se centra, como nos ensina o professor Carmo Ferreira, “sobre a natureza e o fundamento das contraposições *unidade originária e diferença, ser e juízo, começo e totalidade*, na tensão agudizada entre uma *filosofia do ser* e uma *teoria da subjectividade*, entre uma *filosofia da origem e do fundamento* e uma *teoria da identidade como totalidade*” [preocupados que estão, cada um a seu modo, com] “o esclarecimento da *Beziehung*, da síntese susceptível de articular numa unidade o começo e a sua disseminação, as diferenciações emergentes” (83).

Para os filósofos do círculo de Francoforte, como no-lo observa Carmo Ferreira, é insuficiente a via aberta pela *Reflexionsphilosophie*, na sua

pretensão de “inscrever a matéria, o particular determinado, em puras relações de forma ou leis gerais”. Uma tal via conduz inapelavelmente a “uma irreduzível contradição de uma infinitude finita e acabada”, na justa medida em que, pela reflexão, somos impelidos para um processo sem fim, mesmo que racionalmente se designe por uma ideia de progresso .

Segundo o ponto de vista deste idealismo metafísico, diverso do idealismo formal kantiano, a metodologia pressuposta pela filosofia reflexiva opera a redução da razão ao entendimento, acelera a fragmentaridade da existência em fenómenos e “instala uma cisão” que tem na oposição sujeito/objecto o seu paradigma. Daí que a preocupação primeira de Hölderlin, em tudo homóloga à dos filósofos que constituem o seu círculo de amigos, seja a de recuar a um momento de unidade originária, anterior à cisão sujeito/objecto cisão, onde se dá a ver “o uno em si mesmo diverso” e onde a síntese primordial se exprime pelo termo “paz”.

A crítica de Hölderlin à filosofia reflexiva vai mesmo a um extremo dizer que do mero entendimento e da mera razão não pode provir nenhuma filosofia, na medida em que do entendimento só pode provir o “conhecimento limitado do que já existe” e da razão apenas a “exigência cega de um progresso para nunca terminar na união e na diferenciação do material possível” (84). Para os autores do círculo de Francoforte, a verdadeira filosofia haverá de ser aquela que for capaz de realizar a “autêntica síntese”, acedendo à “unidade de tudo o que vive”, através do impulso de uma “intuição intelectual” (85).

Os versos de Hölderlin que convocámos para epígrafe do capítulo antecedente, têm o mérito de afirmar-se na sua condição de “metáfora criativa”, e não mais do que isso, logo estimuladora de um novo esforço de compreensão da natureza, função e fundamento do direito, a ser considerado este como dimensão específica da realidade humana e positividade que não dispensa um comunitário e axiológico fundamento da sua validade.

Como proposta de uma transfiguração estética que nos impele para um plano metafísico onde a realidade intermitente dos conflitos da humanidade se dilui e que, portanto, não acolhemos, a nossa epígrafe tem no entanto o mérito de relançar a imaginação criadora (*poiética*) para horizontes prospectivos de uma reconfiguração de uma justiça humana necessariamente finita, como finitas são a razão e o entendimento humanos, mas capaz ela também de, por

um interesse desinteressado e na validade dos seus fundamentos, oferecer-se como regulativo universal. Importa, para tanto, que esse livre labor *poiético* da imaginação se não perca da legalidade do entendimento de que fala Kant na sua *Crítica da Faculdade do Juízo*.

Num tempo em que parece acentuar-se a solidão do homem, na relação inversa ao vórtice desencadeado pelas novas tecnologias e pela sociedade da informação, importa antes do mais retomar o espírito crítico-iluminista que nos permita hoje questionar a racionalidade presente e os valores que convoca, sejam os do hedonismo e do consumo, como nova ordem dada ao mundo pela tecnociência, sejam os valores de uma nova ideia de justiça que despontam sob o signo da “solidariedade” (86).

De algum modo, a via aberta pela solidariedade representa, por si, uma quase “transfiguração” do direito e da justiça. Não que com ela se não reforce, de facto, a humanidade do homem e se não atinja uma “justiça mais profunda” a que já se fez referência. Parece de todo evidente que, pela solidariedade, teremos ultrapassado já o plano da estrita imputação legal da responsabilidade para acedermos a um outro nível de imputação e de responsabilidade, porventura capaz de reabilitar a tão esquecida quanto difícil realização do justo como equidade, mas porventura a coexistir com o direito na temporalidade.

Pensar o justo como equidade, numa sociedade de democracia política, assente em bases essencialmente formais e de uma justiça de índole retributiva, pode constituir um desafio de monta. Em particular se tivermos em conta que este nosso espaço público contemporâneo, por acção conjugada das novas tecnologias da informação e da progressiva expansão do modelo liberal de democracia, se viu alargado a uma escala sem precedentes, tornando compossíveis mas não resolvidas, e por isso ampliadas, as antinomias cuja génese identificámos já no projecto moderno-iluminista de sociedade.

Não deixa de ter sentido dizer-se que a consagração moderna do sujeito plenamente racional, autónomo e responsável, titular das liberdades negativas face ao Estado, tem na desafeição individualista, hedonista e narcísica do tempo presente o seu correlato e contíguo desenvolvimento. Não obstante, é este mesmo espaço que, antinomicamente, se revela potenciador de um movimento de solidariedade sem precedentes, como recentemente se

mostrou, entre nós, relativamente à causa do povo Mauber e ao genocídio premeditado de que foi vítima.

As veredas nas quais nos embrenhámos na investigação, fizeram-nos aportar à condição primária mas primordial do existir. Levaram-nos à consideração da “vida humana” como um valor que efectivamente não é um “construído”. “Construído” será, mas apenas a sua positivação como direito. Com todos os riscos que comporta para o orgulho da nossa racionalidade culturalmente situada, justamente no centro daquilo que ousa criticar, e com esse condicionamento, importa reconhecer que a vida humana outra génese não tem que a de ser uma “dom” que se recebe graciosamente e que nenhuma *potestas* jurídico-política tem fundado direito de outorgar. O que não contende, de todo, com o dever que imponha ao direito a sua tutela como valor-condição-necessária de todos os possíveis da empresa humana sobre a terra e, nesse sentido, conformador de outros e fundamentais direitos inerentes à condição de ser não apenas “homem-sujeito”, mas igualmente, e pela mediação social, “homem-pessoa”.

Neste sentido, enquanto direito que se situa no limiar da pessoa-humana, a *vida* ganha uma nova dimensão, já não apenas a de um *bios* primordial, mas de um *ethos*, isto é, torna-se valor ético-jurídico presente na matriz axiológica em que deve fundar-se validamente o direito, a que não basta ser Legislação ou mera legalidade positiva. Presente ao tribunal crítico da razão, o direito é uma vez mais intimado a assumir a sua função legitimadora primordial do modo político-administrativo de organização deste nosso mundo, cabendo-lhe, nesse sentido, recusar-se, pronta e radicalmente, a prestar uma servil vassalagem à racionalidade de serviço a um utilitarismo autista.

Notas Bibliográficas

- (1) - Excerto do poema tardio Hölderlin, conhecido pela primeira estrofe “Num azul maravilhoso floresce, com o seu telhado metálico, o campanário...”.

O texto, em português, foi gentilmente traduzido para a realização deste trabalho, pelo Sr. Professor João Barrento do Departamento de Alemão da F.C.S.H., Universidade Nova de Lisboa. Esta versão portuguesa do poema de Hölderlin permitiu-nos fazer um mais rigoroso cotejo com o ensaio de Heidegger, contido na sua obra *Vorträge und Aufsätze*. Na edição francesa a obra obtém a designação de *Essais et Conférences* e o ensaio sobre Hölderlin o título "... L'Homme habite en Poète...", pp. 224-245. Neste ensaio, o poema "Num azul maravilhoso..." é objecto de uma fina análise de Martin Heidegger.

- (2) - M. Heidegger, *Vorträge und Aufsätze*, ed. ut. e trad. : *Essais et Conférences*, Gallimard, Paris, 1958.
- (3) - Idem, p. 224.
- (4) - Idem, p. 226.
- (5) - Idem, p. 227.
- (6) - Idem, p. 227.
- (7) - Idem, p. 229.
- (8) - Idem, p. 230.
- (9) - Idem, p. 231.
- (10) - Idem, p. 235.
- (11) - Idem, p. 241.
- (12) - Heidegger refere que o homem não habita verdadeiramente, naquele seu sentido, enquanto se limita a organizar a sua permanência sobre a terra, ora construindo edifícios, ora envolvendo de cuidados, como faz um camponês, as coisas que crescem da Terra para seu sustento.
- (13) - M. Heidegger, op. cit., p. 243.
- (14) - Vullierme, Jean-Louis, "Droit et Poesie - Enquête sur les fondements ontologiques du juste et de l'utile", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26.
- (15) - Vullierme, Jean-Louis, op. cit., p. 12.
- (16) - Idem.
- (17) - Arnaud, Pierre, "Juste et utile - Deux attributs de l'ordre réel qui n'en font qu'un", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26, Éditions Sirey, Paris, 1981.
- (18) - Sternberg, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, ed. Castelhana, p. 199.

- (19) - cf. Sternberg, p. 199. A obra aqui anunciada, como se refere a p. 86, foi composta entre 1215 e 1235 por um “mesteiral nascido livre”, de nome Eike von Repgow, a que deu o título de *Sachsenspiegel* e que continha um tratado de direito provincial e um outro de direito feudal.
- (20) - A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, p. 274.
- (21) - Idem, “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, cit., p. 324
- (22) - cf. Vullierme, op. cit., p. 23
- (23) - cf. Barthes, Roland, “L’ancienne rhétorique”, *Meditations*, n.º 11.
- (24) - cf. Vullierme, op. cit., p. 15.
- (25) - No sentido da dilucidação desta específica questão do “livre exame” ver por todos Chaim Perelman, *Éthique et Droit*, o texto “Morale et livre examen”, pp. 381-393.
- (26) - cf. Vullierme, op. cit. p. 21.
- (27) - Ibidem
- (28) - Neste sentido, a máxima utilitarista do “homem-medida” veio subverter, de forma radical e perene, a antiga relação entre o que é medido e o que é unidade de medida, como bem refere Vullierme no estudo em análise: “au lieu que le Bien, le Beau, le Juste permettent de mesurer l’homme, c’est l’homme qui les mesure”, op. cit., p. 25.
- (29) - cf. Vullierme, op. cit., idem.
- (30) - Sternberg, Theodor, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. castelhana, p. 198.
- (31) - cf. *O Nascimento da Tragédia* et al, Relógio D’Água Editores, Lisboa.
- (32) - Vullierme, op. cit., p. 28.
- (33) - A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, p. 13.
- (34) - Arendt, Hannah, *La Crise de Culture* (trad. francesa de *Between Past and Future*), Éditions Gallimard, Paris, 1972.
- (35) - A outra modalidade básica de um discurso de referência objectiva referida pelo professor Castanheira Neves é a relativa a “construções racionais de universalidade explicativa” ou “teorias” e que haveria de ser, na bem fundamentada opinião do autor, o discurso “teórico-explicativo de índole empírico-analítico e procedimental da ciência moderna”, cf. A. cit., *Metodologia Jurídica*, p. 36.

- (36) - A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, p. 10.
- (37) - cf. Villey, Michel, "Préface Historique", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26, p. 3.
- (38) - Brito, José de Sousa, "Droits et Utilités chez Bentham", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26, p. 98.
- (39) - Villey, Michel, op. cit., p. 3.
- (40) - Brito, José de Sousa, op. cit., p. 95.
- (41) - cf. Brito, Idem.
- (42) - cf. Sousa Brito
- (43) - Rawls, John, *A Theory of Justice (Uma Teoria da Justiça)*, Editora Universidade de Brasília, p. 33.
- (44) - A. Castanheira neves, *Metodologia Jurídica*, p. 44.
- (45) - cf. Michel Villey, op. cit., p. 4
- (46) - Rivero, M., cf. Michel Villey, Idem.
- (47) - Villey, Michel, op. cit., p. 4.
- (48) - A. Castanheira Neves, " O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito", *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, org. de António Braz Teixeira, Rés-Editora, Porto.
- (49) - cf. Vullierme, op. cit., p. 26.
- (50) - cf. Vullierme, Idem.
- (51) - Santos, Boaventura Sousa, *O Discurso e o Poder - Ensaio sobre a sociologia da Retórica Jurídica*, Coimbra, 1980.
- (52) - Albuquerque, Paulo Sérgio Pinto, op. cit., p. 83, texto e nota n.º 85 e, em particular, nota n.º 101, pp. 88-89.
- cf. Vullierme, op. cit., p. 30.
- (54) - Hannah Arendt, *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, Ed. Relume Dumará, Rio de Janeiro, 1993.
- (55) - Hannah Arendt, ressaltando embora a irreverência e exagero de linguagem próprias de um certo moralismo radical, considera ajustadas no essencial este depoimento sarcástico de Pascal, extractado da sua obra *Pensées*: "Só podemos pensar em Platão e Aristóteles sob grandes vestes académicas. Eles foram homens honestos e, como outros, riam com os seus amigos; e quando se divertiam, escrevendo as Leis ou a

Política, fizeram-no por distração. Essa é a parte menos séria de suas vidas: a [parte] mais filosófica era viver simples e tranquilamente. Se escreveram sobre a política, foi como que para regrar um asilo de lunáticos; se sugeriram a aparência de estar falando de grandes questões, foi porque sabiam que os loucos para quem falavam pensavam ser reis e imperadores. Eles introduziram seus princípios a fim de tomar a sua loucura o menos ofensiva possível.” (cf. Hannah Arendt, *Lições Sobre a Filosofia de Kant*, p. 31.

- (56) - cf. A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica - problemas fundamentais*, p. 13.
- (57) - cf. Fernando Bronze, *A metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, p. 309.
- (58) - Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cf. Vullierme, op. cit., p. 32.
- (59) - cf. Vullierme, op. cit., pp. 32-33.
- (60) - Entre nós a doutrina do “pluralismo jurídico” tem contado com a adesão de investigadores na área das Ciências Sociais, como Boaventura Sousa Santos.
- (61) - A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica - problemas fundamentais*, p.13.
- (62) - V. Art. Kaufmann in *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, p. 82 , cf. F. Bronze, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, p. 319.
- (63) - cf. Fernando Bronze, *Ibidem*.
- (64) - cf. A. Castanheira Neves, *A Metodologia Jurídica*, p. 52.
- (65) - cf. A. Castanheira Neves, op. cit., p. 12.
- (66) - cf. A. Castanheira Neves, op. cit., p. 14.
- (67) - cf. A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, pp. 32-33.
- (68) - Castanheira Neves, *Questão-de-facto—Questão-de-direito*, pp.156-157.
- (69) - Kant, Immanuel, *Crítica da Faculdade do Juízo*, ed. cit., p. 194.
- (70) - Melhor se compreenderá a expressão extractada se inserida no contexto mais lato das palavras da 11ª Lição de Hannah Arendt: “O belo agrada na representação pois agora a imaginação preparou-o de modo a que

eu possa reflectir sobre ele” [e acrescenta ela] Essa é a operação de reflexão”, op. cit., p. 86.

- (71) - cf. Hannah Arendt, *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, cit., 10ª Lição, p. 83.
- (72) - R. Barny, *Le Triomphe du Droit Naturel: la Constitution de La Doctrine Révolutionnaire des Droits de L' Homme (1787-1789)*, Les Belles Lettres, Paris, 1997.
- (73) - cf. Chaim Perelman, “droit et morale”, *Éthique et Droit*, p. 358 e sgs.
- (74) - A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, p. 282, que, em reforço desta sua ideia convoca referências a p. 230 e sgs. do seu ensaio *A Revolução e o Direito* e ainda a obra de Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 147, 191 e sgs.
- (75) - F. José Bronze, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, pp. 287-288.
- (76) - Carmo Ferreira, Manuel J., “A questão da síntese na génese do idealismo alemão, partindo do seu mais antigo programa”, cit., p. 97 e 99.
- (77) - John Rawls, *Uma Teoria da Justiça (Theory of Justice)*, Editora Universidade de Brasília, 1981.
- (78) - H. Ph. Visser't Hooft, “John Rawls et l'utilitarisme”, 175 - 181, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26, p. 175.
- (79) - P. Ricoeur, *Le Juste*, p. 189
- (80) - Idem, p. 7.
- (81) - A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica - problemas fundamentais*, cit., p.13.
- (82) - cfr. Maia Gonçalves, anotações ao art. 163.º do Código Penal.
- (83) - cf. Carmo Ferreira, Manuel J., op. cit., p. 96
- (84) - Idem, p. 98
- (85) - Idem, p. 101.
- (86) - cf. Castanheira Neves, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, p. 11.

CONCLUSÃO - o porquê de uma poïésis da Justiça e da Vida

“Só veneramos uma Justiça que eleve o homem e seja a condensação de interesse benévolo que os outros homens têm por ele; só é justa a instituição e só é justa a lei que lhe dão a possibilidade de se tornar melhor” (1).

O compromisso por nós assumido, sob o título “para uma *poïésis* da justiça e da vida - prolegómenos a uma estética do direito”, não ficaria cumprido, ou pelo menos tentado, sem que nos detivéssemos, como agora faremos, ainda que por breves e derradeiros instantes, no acto mesmo de um desimplicar final de um “padrão que ligue” o esforço de reconstrução crítico-reflexiva da realização do direito que vimos presente, de entre uma diversidade de modos e autores, na *Metodologia Jurídica* de Castanheira Neves, em *Le Juste* de P. Ricoeur e nas *Lições sobre a Filosofia Crítica da Kant* de Hannah Arendt.

Ora, pensar o “padrão que liga” toda a diversidade de perspectivas que aqui nos conduziram, através de uma determinada modalidade de “realização do direito” e do seu problemático e judicativo decidir, como forma de aceder a uma “síntese” (que nada tem a ver com a procurada pelos filósofos do círculo Francoforte: Hölderlin, Hegel e Schelling), para nós de concretização possível numa comunidade humana cooperante e solidária, esse “padrão”, não nos parece outra coisa que uma proposta de realização estética, enunciada por Gregory Bateson, na sua obra *Natureza e Espírito*, quando diz: “Por *estético*, quero dizer que sensível ao *padrão que liga*” (2).

De algum modo à semelhança da obra de arte contemporânea que, como no-lo ensina Humberto Eco, manifesta “através do modo como é feita (...) certas concepções acerca do mundo, do homem, ou da relação homem-mundo (...) num sentido por assim dizer “total”, como se a obra, o modelo estrutural que a obra realiza, constituísse uma espécie de florilégio da realidade” (3), também a “realização do direito”, já pelo convocar da síntese axiológica da comunidade, que lhe confere o momento de validade, como ainda pela “finalidade longa” a realizar pela decisão judicativa, que irá reforçar

de novo essa mesma síntese, no seio de uma comunidade de pessoas intersubjectivamente constituída no reconhecimento, também ela (a “realização do direito”), à semelhança daquela (a obra de arte) manifesta um sentido “total”. Sentido este que vemos ainda reforçado na homologia do seu respectivo *modus* “praxico-poético” de produção.

De facto, a realização do direito, tal como a da obra de arte, convocam todo um saber legado pela praxis comunitária comum, que impregna tanto a técnica do autor ou do juiz como a sua perspectivação do mundo, como ainda o labor pessoal de procura da melhor solução estética e justa para a singular concretização estética e jurídica. Dissemos acima que o juiz e o poeta têm homólogas funções. Assim nos parece, de facto. Ambos procuram realizar mimeticamente um modelo extraposto, se quisermos ideal, de beleza e de justiça. A asserção em epígrafe, de Agostinho da Silva, faz-nos reflectir sobre a imanência deste ideal de justiça que não é distinto do que propõe Castanheira Neves.

Se para o nosso jurista a pessoa-humana, como infra se verá, é o necessário ponto de fuga do quadro da realização do direito; para Agostinho da Silva, uma justiça não poderá nunca reivindicar-se de o ser se não estiver comprometida com a plena realização do homem. A contraposição do texto ora citado do filósofo, com *Direito, pessoa e responsabilidade*, do jurista, reenvia-nos de igual modo para a aceitação dialógica do outro, não como algo contingente e como o “nosso inferno”, que a postulação sartriana consagrou, mas os outros que o filósofo português nomeia na bela expressão de “os que o destino nos deu por companheiros (...) alegre batalhão dos que marcham mais à frente” (4).

Como no-lo observa uma vez mais Humberto Eco, a arte contemporânea “propõe-nos de facto conhecimentos, mas de uma maneira orgânica, isto é, faz-nos conhecer as coisas resumindo-as numa forma, e o modelo estrutural para o qual a poética tende e que o discurso crítico põe em evidência é justamente uma configuração, uma *Gestalt*, que se pode apenas colher no seu conjunto” (5), enquanto proposta intuitiva e válida a nível imaginativo. E se tanto significa que o objecto formado desaparece para dar lugar ao modelo formal, analogamente se dirá que o direito realizado se nos oferece também como forma, só que já não apenas “intuitiva” e “válida a nível

imaginativo”, como acontece na arte, mas como *Jurisprudência*, naquele seu sentido amplo já por nós referido, o de uma síntese reelaborada pela Doutrina.

E se em Kant o que nos agrada e garante a fruição estética desinteressada é a representação do objecto, oferecida pelo labor de uma faculdade capaz de tornar presente o que está ausente, e se em Humberto Eco vemos o “modelo formal” a incorporar todas as prerrogativas que tinha anteriormente o objecto formado para se oferecer disponível para ser compreendido e fruído “num sentido estético por excelência” (6); também, nos deveria ser permitido dizer, analogamente, que uma fruição estética do direito realizado se nos deve oferecer disponível, desde que a índole da sua forma acabada não seja a de uma Jurisprudência de conceitos de índole positivista, nem a de uma Jurisprudência de Interesses, mas sim a de uma Jurisprudência que traduza a efectiva reconciliação entre o direito e o homem “repondo a pessoa humana no lugar do valor supremo de toda a ordem jurídica” (7).

Reconciliação que convocará por certo factores de natureza histórico-cultural, exógenos ao próprio direito, capazes de mobilizar a sociedade para uma alteração global de mentalidades, mas que não pode deixar de ter na concreta realização do direito, não apenas o momento de um acordo de ordem intelectual mas o privilegiado momento persuasivo e gerador de adesão emocional, só ela capaz de operar a cicatrização de todas as feridas abertas pela actual crise do direito e pela consequente desafeição face a uma justiça da qual já pouco se espera.

E se Humberto Eco diz que “a obra realiza o seu pleno valor estético na medida em que a coisa formada, fruída enquanto tal, acrescenta qualquer coisa ao modelo formal”, onde esse *qualquer coisa* só pode ser de ordem emocional e intuitivo, então diríamos também que o sentido instaurador de uma estética do direito não apenas se não identifica com a bela construção arquitectónica romano-positivista de um sistema hierarquizado de normas positivas, como se não basta com uma refinada subsunção.

Uma estética do direito por nós pensada não seria algo passível de ser demonstrado apodicticamente, forçando o seu reconhecimento e visibilidade como *lex* e a oferecer-se como exterioridade arquitectónica, hierarquizada e harmoniosa de normas, mas algo que, tendo por único fim a realização feliz da empresa da pessoa humana sobre a terra, se constrói reflexivamente a partir

de dentro, por uma tomada de consciência da plenitude de se ser pessoa-humana, para depois, por um movimento voltado para o exterior, num proceder análogo ao do juízo reflexionante estético da *Crítica da Faculdade do Juízo*, ser capaz de partilhá-la num intersubjectivo reconhecimento que funda uma comunidade de pessoas humanas.

O momento de fruição da emoção estética seria aquele em que o direito, como que se despregando das normas, se oferece já realizado em civismo, em respeito mútuo, no reconhecimento do outro como pessoa, e onde o que remanesce em vigente legislação pudesse exprimir-se, despojado de todo o excesso legislativo e da teia entorpecedora da burocracia, em normas intrinsecamente justas e, enquanto tais, assumidas como regulativos pelos quais consentimos ser conduzidos, por reconhecermos, na ordem dos fins por elas prosseguidos, a possibilidade de realização efectiva da *praxis justa*. Pela nossa parte gostaríamos que tais fins fossem os da completa realização da sociedade cooperante e solidária.

E que melhor forma de superação dos ínvios utilitarismos, “autista” e estratégico-funcionalista, haveríamos nós de encontrar do que esta de encaminhar todas as nossas energias e *bona fides* para realizar no direito a “condensação do interesse benévolo” de que fala o nosso Agostinho da Silva ?

Que melhor “suplemento de alma” haveríamos de esperar, depois de realizadas todas as despesas humanas associadas ao *poiético* subsistir, do que a fruição estética de uma comunidade humana reconciliada consigo própria pelo reconhecimento, mútuo e universal, da inviolável condição de se ser pessoa humana ?

Notas Bibliográficas

- (1) - Agostinho da Silva, *Diário de Alcestres*, cit., p. 24.
- (2) - Gregory Bateson, *Mind and Nature*, ed. ut. trad. : *Natureza e Espírito*, cit., p. 18.
- (3) - Humberto Eco, *A definição da Arte*, cit., p. 253.
- (4) - Agostinho da Silva, op. cit., p. 24.
- (5) - H. Eco, op. cit., p. 253.
- (6) - Idem.
- (7) - A. Castanheira Neves, *Questão-de-facto, Questão-de-Direito*, p. 506.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto

1994 - *Introdução à Actual Discussão sobre o Problema da Culpa em Direito Penal*, Coimbra, Livraria Almedina.

ALEXY, Robert

1989 - *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, ed. ut. : *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

1997 - *Theorie der Grundrechte*, ed. ut. : *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ALLEMANN, Bodo

1987 - *Hölderlin et Heidegger*, Paris, Presses Universitaires de France.

AMSELEK, Paul

1986 - *Théorie des Actes de Langage, Éthique et Droit*, (sous la direction de Paul Amselek), Paris, Presses Universitaires de France.

1990 - "Le Locutoire et L'Illocutoire dans les Énonciations relatives aux Normes Juridiques", *Revue de Métaphysique et de Morale*, n. 3 (pp. 385 - 413).

ANDRADE, Manuel da Costa

"O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia", *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, C. E. J.

ANSCOMBRE, Jean-Claude/Oswald Ducrot

"L'Argumentation dans la Langue", *Philosophie et Langage*, Dir. Michel Meyer, Bruxelles, Peirre Mardaga Editeur.

APOSTEL, Leo

- 1963 - "Rhétorique, Psycho-sociologie et Logique", *La Théorie de L'Argumentation. Perspectives et Applications, Logique et Analyse*, Louvain, Centre National Belge de Recherches de Logique, Éditions Nawelaerts.

ARENDT, Hannah

- 1972 - *Between Past and Future*, ed. ut. : *La Crise de la Culture*, Paris, Éditions Gallimard.
- 1981 - *The Human Condition*, ed. ut. : *A Condição Humana*, Rio de Janeiro, Ed. Forense.
- 1993 - *The Life of the Mind*, ed. ut. : *A Vida do Espírito: o pensar, o querer e o julgar*, Rio de Janeiro, Relume-Dumará.
- 1993 - *Lectures on Kant's Political Philosophy*, ed. ut. : *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, Rio de Janeiro, Relume-Dumará.

ARISTÓTELES

- 1967 - *Rhétorique*, Paris, Les Belles Lettres.
- *Topiques*, Paris, Vrin.
- 1958 - *Éthique à Nicomaque*, Louvain, ed. da responsabilidade de R.A. Gauthier e J. Y. Jolif, das Publications Universitaires de Louvain e das Éditions Béatrice-Nawelaerts.

ARNAUD, Pierre

- 1981 - "Juste et utile", Paris, Archives de Philosophie du Droit, Tome 26, *L'utile et le juste*, Ed. Sirey.

AUSTIN, R.

- 1961 - *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press.
- 1970 - *How to do things with words*, ed. ut. : *Quand dire c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil.

BARNY, R.

1997 - *Le Triomphe du Droit Naturel: La Constitution de la Doctrine Révolutionnaire des Droits de L'Homme (1787-1789)*, Paris, Les Belles Lettres.

BARRETO, Ireneu Cabral

1995 - *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Editorial Notícias.

BARRY, Vincent E., e Joel Rudinow

1990 - *Invitation to Critical Thinking*, Orlando, Holt, Rinehart and Winston, Inc.

BARTHES, Roland

1970 - "L' Ancienne rhétorique, aide-memoire", Paris, *Communications* n.º 16, Seuil.

BATESON, Gregory

1987 - *Mind and Nature* (1979), ut. trad. port. *Natureza e Espírito*, Lisboa, Publicações D. Quixote.

BELLEFONDS, Xavier Linant de, e Alain Holland (avocat à la cour)

L'Arbitrage, Paris, Presses Universitaires de France, n. 2952.

BERRIO, Jordi

1990 - *L'Opinió Pública i la Democràcia*, Barcelona, Editorial Pòrtic, S.A.

BERTALANFFY, Ludwig Von,

1979 - *General system theory*, George Brazillier, Nova Iorque, 1968, ed. ut. : *Teoria Geral dos Sistemas*, Petrópolis, Vozes.

BETTI, Emile

1975 - *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, ed. ut. : *Interpretación de la Ley y de los Actos Juridicos*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas.

- *Teoria Generale della Interpretazione*, Giuffré Editore.

BOOTH, Wayne C.

1974 - *A Rhetoric of Irony*, Chicago, The University of Chicago Press.

BORGES, Jorge Luis

1995 - *Artificios*, Madrid, Alianza Editorial S. A.

BORGES, Hermenegildo Ferreira

1991 - "Prolegómenos a uma análise da função da retórica nos domínios jurídico e judiciário da pos-modernidade", Lisboa, Revista de Comunicação e Linguagens, n.º 14, Edições Cosmos.

1991 - "Universo da comunicação interpessoal na pos-modernidade", Porto, Revista de Investigação Criminal, n. 35.

1993 - "Teoria da Argumentação e Motivação Judiciária", Barro-Loures, *Polícia e Justiça*, Revista do Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais (INPCC).

1994 - *Retórica, Direito e Democracia*, Lisboa, Separata do B.M.J. n.º 418, relativo ao ano de 1992.

1998 - "Nova Retórica e Reconstrução dos Direitos Humanos", Lisboa, *Philosophica*, n.º 12, Edições Colibri / Departamento de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa.

BOUCHET, Paul

1996 - "Deontologie et droits de l'homme", *Éthique, Deontologie et Droits de L'Homme - Coloque Droit et Démocratie*, Paris, Juin 1995, La Documentation française.

BRAGA, Teófilo

1865 - *Poesia do Direito*, Porto, Typographia Commercial (Rua Belmonte n.º19, em casa da Viúva Moré-Editora).

BRAITHWAITE, John, and Philip Pettit

1992 - *Not Just Deserts (A Republican Theory of Criminal Justice)*, New York, Oxford University Press.

BRITO, José de Sousa

1981 - "Droits et utilité chez Bentham", Paris, Archives de Philosophie et Droit, Tome 26, *L'utile et le juste*, Ed. Sirey.

1990 - "Princípio da Utilidade. Razão e Direito", Lisboa, *Razão e Justiça*, Revista "Filosofia", S.P.F., Colibri.

CANARIS, Claus-Wilhelm

1989 - *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, ed. ut. : *O Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, trad. de Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian.

CAMPOS, Diogo Leite

1993 - "O direito e os direitos de personalidade", Lisboa, *Revista da Ordem dos Advogados*, Abril/Junho.

CAPELLA, Juan-Ramon

1968 - *El derecho como language*, Barcelona, Ediciones Ariel, S.A.

CARPINTERO, Francisco

1996 - "Los derechos humanos en el pensamiento actual. Com referimento a Carlos Ignacio Massini", *Rivista internazionale de filosofia del diritto*, Giuffrè Editore, Aprile/Giugno.

CARRILHO, Manuel Maria

1990 - *Verdade Suspeita e Argumentação*, Lisboa, Ed. Presença.

1992 - *Rhétoriques de la Modernité*, Paris, P.U.F.

CARVALHO, Américo A. Taipa de

1990 - *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, Coimbra Editora, Lda.

CHEPPUIS, Raymond, et al

- *Rôle et Statut*, Paris, Presses Universitaires de France, n.º 2951.

CHOMSKY, Noam,

- *Manufacturing Consent*, New York, Pantheon.

CICERONIS, Marci Tullii

1943 - *In Catilinam*, Braga, Livraria Cruz.

CLASTRES, Pierre

1979 - *La société contre l'État*, ed. ut. : *A Sociedade Contra o Estado*, Porto, Edições Afrontamento.

COCKCROFT, Robert, and Susan M. Cockcroft

1994 - *Persuading People - Na Introduction to Rhetoric*, London, The MacMillan Press, Ltd.

COMETTI, J. P.

Filosofia sem Privilégios, Lisboa, Ed. Asa, Col. Argumentos, org. Manuel Maria Carrilho.

CORBETT, Edward P.J.

1990 - *Classical Rhetoric for the Modern Student*, New York, Oxford University Press, Inc.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes

1997 - *Da Boa Fé no Direito Civil* (Reimpressão), Coimbra, Almedina.

CORREIA, Eduardo

1982 - "Introdução ao Código Penal", *Código Penal*, Coimbra, Almedina.

1983 - "As Grandes Linhas da Reforma Penal", Lisboa, *Jornadas de Direito Criminal*, C.E.J.

COSTA, José Francisco de Faria

1983 - "Formas do Crime", Lisboa, *Jornadas de Direito Criminal*, C.E.J.

COULON, Raymond

1988 - "Indicatif présent et socio-sémantique du discours constitutionnel", Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 33.

CRUZ, Sebastião

1965 - "Temas de Direito Romano", Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLI.

CURLER, Hugh Mercer

1993 - *Ethical Argument (Critical Thinking in Ethics)*, New York, Paragon House Publishers.

DAVID, René

1978 - *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains - Droit Comparé*, ed. ut. : *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo - Direito Comparado*, Lisboa, Editora Meridiano.

DIAS, Jorge de Figueiredo

1983 - "Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa", Lisboa, *Jornadas de Direito Criminal*, C.E.J.

-"O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", Lisboa, *Jornadas de Direito Criminal*, C.E.J.

DESCARTES, René

1976 - *Meditações sobre a Filosofia Primeira*, Coimbra, Livraria Almedina.

1977 - *Regras para a Direcção do Espírito*, Edit. Estampa, 2ª edição, Lisboa.

1978 - *Discurso do Método*, seguido de *As paixões da Alma*, Lisboa, Livraria Sá da Costa Editora, 8ª edição.

DINOUART, Abbé

1987 - *L'Art de se Taire* (précédé de *Silences du Langage, Langages du Visage a l'Age Classique* par J.-Jacques Courtine et Claudine Haroche), Paris, Éditions Jérôme Millon.

DUCROT, Oswald

1980 - *Les Échelles Argumentatives*, Paris, Éditions Minuit.

- *Le Dire et le Dit*, Paris, Le Seuil.

DURAN, Daniel

1992 - *La Systemique*, P.U.F., Paris, ed. ut. : *A Sistemica*, Lisboa, Dinalivro.

EEMEREN, Frans H. Van, Rob Grootendorst

Handbook of Argumentation Theory - A critical Survey of Classical Backgrounds and Modern Studies, Dordrecht-Holland / Providence-U.S.A.

1996 - *La Nouvelle Dialectique*, Paris, Éditions Kimé.

ELIAS, Norbert

1980 - *Introdução à Sociologia*, Braga, Edições 70.

ESTEVES, João José Pissarra Nunes

1998 - *A Ética da Comunicação e os Media Modernos - Legitimidade e poder nas sociedades complexas* (tese de Doutoramento em Ciências da Comunicação), Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian / J.N.I.C.T.

EWALD, François

1993 - *Foucault a Norma e o Direito*, Lisboa, Centro de Comunicação e Linguagens, Vega.

FERREIRA, Manuel J. do Carmo

1998 - "A questão da síntese na génese do idealismo alemão, partindo do seu mais antigo programa", Lisboa, *Philosophica*, n.º 11, pp. 87-109, Departamento de Filosofia da Faculdade de Letras de Lisboa

FISHER, Walter R.

1989 - *Human Communication As Narration: Toward a Philosophy of Reason, Value and Action*, University of South Carolina Press.

FITZPATRICK, Peter

1987 - "A criação do Sujeito de Direito nas genealogias de Michel Foucault",
Lisboa, Revista do Ministério Público n.º 30, Abril/Junho.

FONTETTE, François de

1988 - *Vocabulaire Juridique*, Paris, Presses Universitaires de France.

FORIERS, Paul

1965 - "Les antinomies en droit", *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant.

1979 - "Le Raisonnement Pratique. Le Raisonnable et ses Limites", *La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaïm Perelman*, Wetteren, Belgique, Revue Internationale de Philosophie n.º 127-128, Imprimerie Universa.

FOUCAULT, Michel

1971 - *L'Ordre du Discours*, Paris, Gallimard.

1988 - *Surveiller et punir*, ed. ut. : *Vigiar e Punir*, Petrópolis, Vozes.

FRANCO, João Melo, e Herlânder A. Martins

1988 - *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, Coimbra, Almedina.

GADAMER, Hans-Georg

1976 - *Wahrheit und Methode*, ed. ut. : *Vérité et Méthode*, Paris, Le Seuil.

GARDIES, J.-L.

1974 - "Système normatif et système de normes", *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Tome 19.

1987 - *L'Erreur de Hume*, Paris, Presses Universitaires de France.

GHIGLIONE, Rodolphe

1986 - *L'Homme Communiquant*, Paris, Armand Colin Éditeurs.

GIL, Fernando

1986 - *Provas*, Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda.

GOCHET, Paul

1979 - "L'Impire Rhétorique. Rhétorique et Argumentation (Analyses Critiques)" in *La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman*, Wetteren, Belgique, Revue Internationale de Philosophie n.º 127-128, Imprimerie Universa.

GONÇALVES, Maia

1990 - "Prefácio e notas", *Código Penal*, Coimbra, Livraria Almedina.

GOUNELLE, Max

1979 - *La Motivation des Actes Juridiques en Droit International Public*, Paris, Éditions A. Pedone.

GUILLEMAIN, Bernard

1960 - "Raison et Rhétorique", Paris, *Revue de L'Enseignement Philosophique* n.º 3, Février-Mars.

1961 - "Les techniques de l'argumentation et la pédagogie", Paris, *Revue de L'Enseignement Philosophique* n.º 2, Décembre 1960-Janvier 1961.

1962 - "Pour une argumentation non sophistique", Paris, *Revue de L'Enseignement Philosophique* n.º 4, Avril-Mai.

GRUPE μ

1992 - *Traiti du Signe Visuel - Pour une Rhétorique de L'Image*, Paris, Éditions Le Seuil, Janvier 1992.

HABERMAS, Jurgen

1978 - *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, ed. ut. : *L'Espace Public - Archéologie de la Publicité comme Dimension Constitutive de la Société Bourgeoise*, Paris, Payot.

1986 - *Theorie des kommunikativen Handelns*, ed. ut. : *Théorie de l'Agir Communicationnel*, Fayard.

HEIDEGGER, Martin

1958 - *Vorträge und Aufsätze*, ed. ut. : *Essais et Conférences*, Paris, Éditions Gallimard.

1995 - *Língua de Tradição e Língua Técnica*, Lisboa, Ed. Vega.

1991 - *Conferências e Escritos Filosóficos* (trad. e notas de Ernildo Stein), São Paulo, Editora Nova Cultural.

HEINEMANN, Fritz

1979 - *Die Philosophie im XX. Jahrhundert*, ed. ut. : *A Filosofia no século XX*, Lisboa, trad. de A. F. Marujão, Fundação Calouste Gulbenkian.

HUBIEN, Hubert

1979 - "Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique (Analyses Critiques)" in *La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman*, Wetteren, Belgique, Revue Internationale de Philosophie n.º 127-128, Imprimerie Universa.

IJSSELING, Samuel

1976 - *Rhetoric and Philosophy in Conflict (An Historical Survey)*, Holand, Martinus Nijhoff/The Hague.

KALINOWSKI, G.

1965 - *Introduction à la Logique Juridique*, Paris, L.G.D.J.

1966 - "De la spécificité de la logique juridique", Paris, *Archives de Philosophie du Droit* n.º 11, Éditions Sirey.

1971 - "Logique Juridique. Chroniques", (Notes e Comptes Rendus: L. Ferrajoli 1970 - Teoria assiomaticizzata del diritto), Paris, *Archives de Philosophie du Droit* n.º 16, Éditions Sirey.

1974 - "Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi", Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 19.

1983 - "Logique juridique et logique des normes" (Notes et Comptes Rendus: L. Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio de Janeiro, 1979; *La pensée juridique de Paul Foriers*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruylant, Bruxelles, 1982), Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 28, Éditions Sirey.

1993 - *Logica de las normas y logica deóntica*, México, Distribuciones Fontamara.

KANT, Immanuel

1998 - *Critik der Urteilkraft*, ed. ut. : *Crítica da Faculdade do Juízo*, Lisboa, Tradução de António Marques e Valério Rohden, Imprensa Nacional - Casa da Moeda.

KELSEN, H.

1962 - *Théorie pure du Droit*, Paris, trad. de Charles Eisenmann, Paris, Dalloz.

KOESTLER, Arthur

1969 - *The ghost in the machine*, ed. ut. : *O fantasma da máquina*, Rio de Janeiro, Zahar.

KRENER-MARIETTI, Angèle

1992 - *Nietzsche et la Rhétorique*, Paris, Presses Universitaires de France.

LAKOFF, George/ Johnson, Mark

1985 - *Conceptual Metaphore in Everyday Language*, ed. ut. : *Les Métaphores dans la Vie Quotidienne*, Paris, trad. por Michel de Fornel em colaboração com Jean-Jacques Lecercle, Les Éditions Minuit.

LAMEGO, José

1990 - *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa, Editorial Fragmentos.

LAFER, Celso

1991 - *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Editora Schwarcz.

LADESMA, Héctor Faúndez

- 1990 - "La declaración universal de derechos humanos (40 años después)", Caracas, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*.

LEGROS, Robert

- 1968 - "Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal", *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant.
- 1985 - "Hannah Arendt - une compréhension phénoménologique des droits de l'homme", Bruxelles, *Études phénoménologiques*.

L'EMPEREUR, Alain

- 1990 - *L'Homme et la Rhétorique*, Paris, Ed. Meridiens Klincksieck.

LENOBLE, Jacques

- 1988 - "La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-McCormick", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 33.
- 1994 - *Droit et communication - La transformation du droit contemporain*, Paris, Les Éditions du Cerf.

LYOTARD, Jean-François

- 1989 - *La condition Postmoderne*, ed. ut. : *A condição Pós-Moderna*, Lisboa, Gradiva Publicações.
- 1990 - *L'Inhumain. Causeries sur le temps*, ed. ut. : *O Inumano. Considerações sobre o Tempo*, Lisboa, Ed. Estampa.

LIPOVETSKY, Gilles

- 1988 - *L'Ere du Vide*, ed. ut. : *A Era do Vazio*, Lisboa, Relógio D'Água Ed.

LOPES DA SILVA, Manuel José

- 1998 - *Diagnóstico sistémico da sociedade pós-industrial*, Lisboa, Centro de Estudos de Comunicação e Linguagens.

LÚCIO, Laborinho

1991 - "Subjectividade e Motivação no Novo Processo Penal Português",
Lisboa, *R.P.C.C.* n.º 2.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez (coordenador)

1996 - *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Madrid,
Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

LOURENÇO, Manuel S.

1991 - *Teoria Clássica da Dedução*, Lisboa, Assírio & Alvim.

MACINTYRE, Alasdair

1987 - *After Virtue*, ed. ut. : *Tras da Virtud (After Virtue)*, Barcelona, Editorial
Crítica, S.A., Aragó.

MARIN, Louis

1933 - *Des Pouvoirs de L'Image*, Paris, Éditions Le Seuil.

MARTINS, António Carvalho

1989 - *O Debate Instrutório no Código de Processo Penal português de 1987*,
Coimbra, Coimbra Editora, Lda.

MASSINI, Carlos Ignacio

1994 - *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires,
Abeledo-Perrot.

MENDES, João de Castro

1982 - *Direito Comparado. Lições do Professor João de Castro Mendes*,
Lisboa, Curso da Faculdade de Direito de Lisboa de 1982-1983, Ed.
AAFDL.

MENDES, Margarida Vieira

1989 - *A Oratória Barroca de Vieira*, Lisboa, Editorial Caminho.

M. GUILLAME - Hofnung

La Médiation, Paris, Presses Universitaires de France, n.º 2930.

MEYER, Michel

1982 - *Lógica, Linguagem e Argumentação*, Lisboa, Editorial Teorema.

1991 - *A Problematologia - Filosofia, Ciência e Linguagem*, Lisboa, Publicações D. Quixote.

1993 - *Questions de Rhétorique - Langage, Raison et Séduction*, Le Livre de Poche, L. Generale Francaise.

1994 - *O Filósofo e as Paixões - Esboço de uma História da Natureza Humana*, POto, Edições Asa.

MIRANDA, Jorge

1989 - *Direitos do Homem - Principais Textos Internacionais*, Lisboa, Livraria Petrony.

MIRANDA, José A. Bragança de

1994 - *Analítica da Actualidade*, Lisboa, Colecção Vega/Universidade, Vega.

MOTULSKY, Henri

1948 - *Principes d'une réalisation méthodique du Droit Privé*, Paris, Sirey.

MUNIER, Bertrand R.

1987 - "A Guide to Decision. Mailing Under Uncertainty", Lisboa, *Boletim da Sociedade de Geografia* de Lisboa, n.º 7-12.

NETO, Manuela

1995 - *Dos Recursos*, Porto, Elcla Editora.

NEVES, A. Castanheira

1967 - *Questão-de-Facto - Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra, Livraria Almedina.

- 1975 - *A Revolução e o Direito - Situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*, Lisboa, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 35.
- 1988 - *Apontamentos de Metodologia Jurídica* segundo as lições de A. Castanheira Neves, ano lectivo 1988-1989, Coimbra, João Abrantes.
- 1992 - "O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito", Porto, *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, org. de António Braz Teixeira.
- 1993 - *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora.
- 1996 - *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, Coimbra, Separata da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 6, Janeiro/Março, Coimbra Editora.

NIETZSCHE, Friedrich

- 1995 - *Da Retórica*, Ed. Vega, Lisboa.
- 1997 - *O Nascimento da Tragédia e Acerca da Verdade e da Mentira*, Lisboa, Relógio D'Água Editores.

NINO, Carlos Santiago

- 1989 - *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A.

PALAZZANI, Laura

- 1992 - "Essere umano o persona ? Persona potenziale o persona possibile ?", Roma, *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, Luglio/Settembre, Giuffrè Editore.

PANIAGUA, José Maria Rodriguez

- 1991 - *Derecho Natural o Axiologia Jurídica ?*, Madrid, Editorial Tecnos.

PARIJS, Philippe van

- 1991 - *Qu'est-ce qu'une Société Juste ? (introduction à la pratique de la philosophie politique)*, Paris, Ed. Le Seuil.

PARRA, Boris Buminov

1990 - "Algunos antecedentes historicos de la declaración de los derechos humanos", Caracas, *Revista de la Facultad de Ciencias Juridicas y Politicas*.

PARRET, Herman

1990 - "O Pathos razoável", Lisboa, *Revista de Comunicação e Linguagens*, n.º 10/11, C.E.C.L., Universidade Nova de Lisboa.

1997 - "A inquirição caritativa da verdade-valor", Lisboa, *Cadernos de Filosofia*, Instituto de Filosofia da Linguagem, FCSH, U.N.L., n.º 1, Edições Colibri.

PEIRCE, Charles Sanders

1977 - *Semiótica (The Collected Papers of Charles Sanders Peirce)*, São Paulo, Editorial Perspectiva.

PEREIRA, António Garcia

1990 - *As Relações da Advocacia com as Magistraturas - Basta de Aviltamento*, Lisboa, Vega.

PERELMAN, Chaïm

1966 - "Raisonnement Juridique et Logique Juridique", Paris, *Archives de Philosophie du Droit* n.º 11, Éditions Sirey.

1968 - *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

1975 - "La réforme de l'enseignement du droit et "la nouvelle rhétorique"", Paris, *Archives de Philosophie du Droit* n.º 20, Éditions Sirey.

1977 - *L' Empire Rhétorique, Rhétorique et Argumentation*, Paris, Vrin.

1978 - "Le raisonnable et le déraisonnable en droit", Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 23, Éditions Sirey.

1979 - *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Toulouse, Dalloz.

1982 - "Ontologie juridique et sources du droit", Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 27, Éditions Sirey.

1989 - *Rhétoriques*, Bruxelles, Éditions de L'Université de Bruxelles.

1990 - *Éthique et Droit*, Bruxelles, Éditions de L'Université de Bruxelles (em particular, “Peut-on fonder les droits de l’homme?” e “La sauvegarde et le fondement des droits de l’homme”).

PERELMAN, Chaïm e Lucie Olbrechts Tyteca

1983 - *Traité de L'Argumentation - La nouvelle Rhétorique*, 4^e édition., Bruxelles, Éditions de L'Université de Bruxelles.

PERELMAN, Chaim e Paul Foriers

1978 - *La Motivation des Décisions de Justice*, Bruxelles, Centre National de Recherches de Logique, Bruylant.

PETERS, F. E.

1974 - *Termos Filosóficos Gregos* (trad. De Beatriz Rodrigues Barbosa), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

PIMENTA, José da Costa

1989 - *Introdução ao Processo Penal*, Coimbra, Almedina.

PINHO, David Valente Borges de

O Novo Código de Processo Penal. Sua Estrutura e Esquemas, Lisboa, 2^a edição, Rei dos Livros, Lisboa.

POPELARD, Marie-Dominique

1984 - “Argumentation et Communication”, *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Tome 29, Éditions Sirey.

PRIETO, Maria Helena de Teves Costa Ureña (et al)

1995 - *Do Grego e do Latim ao Português*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

PUREZA, José Manuel

1989 - “A universalidade dos direitos do homem face aos desenvolvimentos científicos e tecnológicos”, Lisboa, *Documentação e Direito Comparado*, B.M.J. n.º 37/38.

QUINTELA, Paulo

Hölderlin e outros estudos, Lisboa, Volume III, “Traduções”, Fundação Calouste Gulbenkian.

QUIROGA, Jacobo López Barja de

1989 - “La prueba”, in *Las Escuchas Telefónicas y La Prueba Ilegalmente Obtenida*, Madrid, Ediciones Akal, S.A.

RAPHAEL, David D.

1979 - “Perelman on Justice”, *La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman*, Wetteren, Belgique, Revue Internationale de Philosophie n.º 127-128, Imprimerie Universa.

RAWLS, John

1981 - *Uma Teoria da Justiça (A Theory of Justice)*, Brasília, Editora Universidade de Brasília.

RECANATI, François

Les Énoncés Performatifs, Paris, Ed. Minuit.

REIS, José Alberto dos

1927 - *Reforma do Processo Civil e Comercial*, Coimbra, Coimbra Editora.

RICOEUR, Paul

1950 - *Philosophie de la Volonté*, Paris, T.1, Aubier.

1986 - *Du Texte à l'Action*, Paris, Seuil.

1995 - *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, Diffusion-distribution: Le Seuil.

ROBERT, Jacques et Henri Oberdorff

1989 - *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Paris, Éditions Montchrestien E.J.A.

ROBLES, Gregorio

1992 - *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Editorial Civitas, S.A.

ROCHA, Manuel António Lopes

1983 - "Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço" e "A parte especial do novo Código Penal - Alguns aspectos inovadores", Lisboa, *Jornadas de Direito Criminal*, C.E.J.

RODRIGUES, Adriano Duarte

Campo dos Media - Discursividade, Narratividade, Máquinas, Lisboa, Ed. Vega.

1990 - *Estratégias da Comunicação*, Lisboa, Editorial Presença.

RODRIGUEZ, José Maria Morenilla

1987 - *Documentación Jurídica. La Justicia penal y la política criminal en el Consejo de Europa*, Madrid, Ministerio da Justicia, Secretaría General Técnica.

ROGUIN, Ernest

1923 - *La Science Juridique Pure*, Paris, T.1, L.G.D.J.

ROSNAY, Joel de

1975 - *Le macroscope*, Paris, Le Seuil.

SAINT-GEOURS, Jean, Bouchet, Paul et al

1996 - *Éthique, Déontologie et Droits de L'Homme*, Paris, La documentation française.

SALAVERRIA, Juan Igartua

1995 - *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

SANTOS, Boaventura

1980 - *O Discurso e o Poder - Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*, Coimbra, Gráfica de Coimbra.

1982 - "O Direito e a Comunidade: As Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados", *Revista Crítica de Ciências Sociais (R.C.C.S.)* n.º 10, Dezembro

1988 - "Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais - Prolegómenos a uma concepção Pós-Moderna do Direito", *R.C.C.S.* n.º 24, Março.

1989 - *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*, Porto, Edições Afrontamento.

1991 - "Surge Bestia", *R.C.C.S.* n.º 31, Março.

1994 - *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pos-modernidade*, Porto, Edições Afrontamento.

SEARLE, John R.

1982 - *Sens et Expression*, trad. de Joelle Proust, Paris, Éditions Minuit

1995 - *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press.

SERRA, Teresa

1992 - *Homicídio Qualificado*, Coimbra, Almedina.

SFEZ, Lucien

1990 - *Critique de la décision*, ed. ut. : *Crítica da Decisão*, Lisboa, Publicações D. Quixote.

1990 - *Critique de la Communication*, ut. trad. portuguesa, *Crítica da Comunicação*, Lisboa, Instituto Piaget.

SILVA, Agostinho da

1990 - *Diário de Alcestres*, Lisboa, Ed. Ulmeiro.

SOUSA, Miguel Teixeira de

1983 - *O Objecto da Sentença e o Caso Julgado Material. (Estudo sobre a Funcionalidade Processual)*, Lisboa, Separata do Boletim do Ministério da Justiça.

STERNBERG, Theodor

1940 - *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Editorial Labor, S.A.

STORME, Marcel e Dagnar COESTER-WALTJEN

1991 - "Conclusion (Plaidoyer en Faveur du Juge Activiste)", Coimbra-Lisboa, *IX Congresso Mundial de Direito Judiciário*, Associação Internacional de Direito Judiciário.

SZASZ, Thomas

1986 - *Le Mythe de la Maladie Mentale*, Paris, trad. de Denise Berger, Payot.

TARELLO, Giovanni

1979 - "La Nouvelle Rhétorique et le Droit. L'Argument *a cohaerentia* et l'Analyse de la Pratique des Organes Judiciaires", Wetteren, Belgique, *La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman*, Revue Internationale de Philosophie n.º 127-128, Imprimerie Universa.

TARUFFO, Michele

1975 - *La Motivazione della Sentenza Civile*, Padova, Cedam.

1977 - "Responsabilità Politica del Giudice e Stile della Motivazione", Florença, Estratto della rivista *Città & Regioni*, n.º 3 - Março, Cooperativa Laboratori Officine Grafiche Firenze.

TOULMIN, Stephen

1993 - *The Uses of Argument*, Cambridge University Press.

1986 - *The place of Reason in Ethics*, Chicago, The University of Chicago Press, from Original Ed. Cambridge University Press, 1950.

TRIGEAUD, Jean-Marc

1991 - "Personne humaine et droit", Paris, *Archives de Philosophie di Droit*,
Tome 36, Sirey.

TUGENDHAT, E.

1992 - *Justicia y Derechos Humanos*, Barcelona, Publicacions de la Universitat
de Barcelona.

TWINING, William e David Miers

1990 - *Come fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*
(*How to do things with Rules. A primer of interpretation*), Milano, Dott. A.
Giufrè Editore.

TZITZIS, Stamatios

1991 - "De la justice hellénique aux Droits de L'Homme de la Révolution
française", Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 36, Sirey.

VANCIL, David L.

1993 - *Rhetoric and Argumentation*, Boston, Allyn and Bacon.

VIEIRA, Padre António

1652 - *Arte de Furtar, Espelho de Enganos*, Amsterdam, Officina Elvizeriana.

VILLEY, Michel

1974 - "De l'indicatif dans le droit", Paris, *Archives de Philosophie du Droit*,
Tome n.º 19, Sirey.

VIRALLY, Michel

1960 - *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., Paris.

VULLIERME, Jean-Louis

1981 - "Droit et Poésie - Enquête sur les fondements ontologiques du juste et de l'utile", Paris, Archives de Philosophie du Droit, Tome 26, *L'utile et le juste*, Ed. Sirey.

1989 - *Le concept de système politique*, Paris, Presses Universitaires de France.

WATTINNE, Adolphe

1941 - *Magistrats Célèbres du XVIII^e Siècle*, Paris, 6.^a edição, Librairie Plon.

WHITE, Stephen K.

1990 - *The recent work of Jürgen Habermas - Reason, Justice & Modernity*, Cambridge, University Press.

WILLIAMS, David Cratis, and Michael David Hazen (Edited by)

1990 - *Argumentation Theory and The Rhetoric of Assent*, University of Alabama Press, Alabama, Tuscaloosa.

WITTGENSTEIN, Ludwig

1987 - *Tratado Lógico - Filosófico e Investigações Filosóficas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

WROBLEWSKI, Jerzy

1979 - "Justification of Legal Decisions", *La Nouvelle Rhétorique. The New Rhetoric. Essais en hommage à Chaim Perelman*, Wetteren, Belgique, Revue Internationale de Philosophie n.º 127 - 128, Imprimerie Universa.

OUTRAS PUBLICAÇÕES

Cadernos de Filosofia, n.º 1, Instituto de Filosofia da Linguagem, F.C.S.H., Universidade Nova de Lisboa, Ed. Colibri, Lisboa, 1997.

Jornadas de Direito Criminal, Centro de Estudos Judiciários (C.E.J.), Lisboa.

Rapport sur la Décriminalisation, Conseil de L'europe - Comité Européen pour les Problèmes Criminels, Strasbourg, 1980.

Oral/Escrito, Argumentação, Enciclopédia Inaudi, Ed. Imprensa Nacional Casa da Moeda, n.º 11.

Espaço Público, R. C. L., n.º 2, F.C.S.H., U. N. L., Lisboa, 1985.

Moderno. Pos-Moderno, R.C.L., n.º 6/7, F.C.S.H., U.N.L., Lisboa. 1988.

O Corpo, o nome, a escrita, R.C.L., n.º 10/11, F.C.S.H., U.N.L., Lisboa, 1990.

Estratégias de Persuasão, R.C.L., n.º 14, F.C.S.H., U.N.L., Ed. Cosmos, Lisboa, 1991.

As novas Fronteiras do Direito, Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 31, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 1981.

Retóricas, Revista do Pensamento Contemporâneo, n.º 8, Ed. Terramar, Mem-Martins, 1992.

